

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Le Med-Arb en matière d'arbitrage de griefs en droit québécois :  
un retour aux sources ?

par

Alain Turcotte

Essai présenté à la Faculté de Droit  
en vue de l'obtention du grade de  
Maître en droit (LL.M.)  
Programme de prévention et règlement des différends

Mars 2012

© Alain Turcotte 2012

BIBLIOTHÈQUE DE DROIT  
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

## TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
Les espoirs d'une justice sociale.....	1
Des espoirs déçus .....	4
TITRE I      LE RÉGIME DE RAPPORTS COLLECTIFS AU QUÉBEC	10
1.1      HISTORIQUE.....	10
1.1.1    La relation individuelle de travail.....	10
a) le contrat individuel de travail.....	10
b) la subordination juridique.....	12
1.1.2    Le regroupement des travailleurs.....	14
a) de l'illégalité des associations de travailleurs.....	15
b) reconnaissance des associations et de leur rôle	16
1.2      UN SYSTÈME MONOPOLISTIQUE DE RAPPORTS COLLECTIFS DE TRAVAIL .....	17
1.2.1    Genèse de l'adoption du monopole de représentation	17
a) le rôle des conditions socio-économiques.....	17
b) le choix au Québec .....	18
1.2.2    Le régime actuel de rapports collectifs au Québec...	20
1.2.2.1 Les parties en présence.....	21
a) les salariés et leur association.....	21
b) l'employeur.....	25
1.2.2.2 La négociation.....	25
a) l'encadrement légal.....	25
b) la conciliation et la médiation.....	28
1.2.2.3 La convention collective.....	32
a) notion de condition de travail.....	32
b) qualification de cet instrument juridique....	35
CONCLUSION DU TITRE I	38



TITRE II	L'ARBITRAGE DANS LES RAPPORTS COLLECTIFS DE TRAVAIL AU QUÉBEC	40
2.1	LE CHOIX DE L'ARBITRAGE.....	40
2.2	L'ARBITRAGE DE DIFFÉREND.....	42
2.2.1	Le régime général.....	42
2.2.2	Les exceptions.....	44
	a) la première convention collective.....	44
	b) les policiers et les pompiers municipaux.....	46
2.3	L'ARBITRAGE DE GRIEFS.....	47
2.3.1	Définition.....	47
2.3.2	L'expérience de l'arbitrage de griefs.....	47
	a) les espoirs d'une nouvelle justice.....	47
	b) le choix de l'arbitrage obligatoire.....	50
	c) les espoirs déçus.....	51
2.3.3.	Facteur intrinsèque : l'arbitre est un tribunal.....	54
	a) l'arbitrage est un conflit de droit.....	57
	b) l'application des règles de justice naturelle.....	59
2.3.4	Facteur extrinsèque : évolution du contenu juridique	60
CONCLUSION DU TITRE II		65
	Le régime volontaire.....	66
	Le régime obligatoire.....	67

TITRE III	LA MÉDIATION EN ARBITRAGE DE GRIEFS	71
3.1	DÉFINITION.....	71
3.2	LA MÉDIATION « HORS ARBITRAGE ».....	73
3.2.1	La médiation préventive.....	73
3.2.2	La médiation de griefs.....	74
	a) la procédure de griefs.....	74
	b) la médiation de griefs.....	75
3.3	LE MED-ARB.....	80
3.3.1	Définition.....	80
3.3.2	Comparaison entre les deux processus.....	81
3.3.3	Problèmes soulevés par l'exercice de la médiation.	87
	a) l'impartialité.....	87
	b) la confidentialité et la règle <i>audi alteram partem</i> .	93
	c) exercice de la compétence arbitrale : défi éthique en med- arb.....	97
CONCLUSION DU TITRE III		105
CONCLUSION		111
La médiation, véritable espoir d'un renouvellement de l'arbitrage de griefs		111
Le med-arb n'est pas une panacée.....		114
BIBLIOGRAPHIE.....		118

## **Le Med-Arb en matière d'arbitrage de griefs en droit québécois : un retour aux sources ?**

Puis le marché l'emportera sur la démocratie et conduira d'une société pyramidale (où la justice est nécessaire pour faire appliquer la Loi), à une société en réseaux (où le contrat remplace la Loi). La Loi se fait respecter devant un juge; le contrat se conteste devant un arbitre communément agréé et financé par les parties. Le juge se découvrira l'accoucheur d'une société où il n'aura presque plus de place.

Jacques Attali, *Dictionnaire du XXI<sup>e</sup> siècle*, à la page 189.

### **INTRODUCTION**

#### **Les espoirs d'une justice sociale**

Propulsé par l'économie vigoureuse des « trente glorieuses », le mouvement syndical a fait des progrès considérables en termes de recrutement au Québec, notamment dans le secteur public. Même si l'on entend parler davantage de syndicalisme lors des conflits de travail, il n'en demeure pas moins qu'un nombre significatif d'entreprises traite des relations du travail avec leurs employés avec un contrôle minimal de l'État. Ces entreprises élaborent avec les associations qui représentent leurs employés ce que seront leurs conditions de travail pour une période donnée et les appliquent au quotidien à l'écart du système judiciaire.

Au Québec, les rapports collectifs de travail sont régis par le *Code du travail*<sup>1</sup>, une législation qui aura bientôt cinquante ans. Une telle période de temps permet de faire le bilan d'un système bien développé puisque ses principaux éléments sont demeurés les mêmes depuis l'origine.

D'entrée de jeu, il faut remarquer que ce système vise à remettre entre les mains des employeurs et celles d'organisations collectives, les associations représentant leurs

---

<sup>1</sup> L.R.Q., c. C-27 (ci-après le *Code*). Le *Code* a été adopté en 1964 mais plusieurs de ses caractéristiques se retrouvaient déjà dans la *Loi modifiant la Loi sur les relations ouvrières*, S.Q. 1961, c. 73.

salariés, l'établissement des conditions de travail par la négociation d'une convention collective. Le *Code* fait plus que prévoir le conflit. Il le tient comme possible, voire probable, dans une relation continue entre des parties aux intérêts opposés, les employeurs et les travailleurs. Il cherche plutôt à l'encadrer<sup>2</sup>. Dans le domaine privé, l'État refusera d'intervenir sauf pour l'aide à la conciliation.

L'autre caractéristique de ce système, outre le fait de permettre en quelque sorte aux parties de faire leur propre droit, c'est d'exclure les litiges du champ des tribunaux judiciaires. Citons plus spécifiquement les deux types de mésentente qui font l'objet de la présente étude.

D'abord, le différend qui est « une mésentente relative à la négociation ou au renouvellement d'une convention collective ou à sa révision par les parties en vertu d'une clause le permettant expressément. »<sup>3</sup>. Le différend se règle par un arbitrage qui est purement volontaire<sup>4</sup>. En l'absence d'arbitrage, ce sera le jeu de la négociation et du rapport de forces, en cas d'exercice de moyens de pression, qui donnera un résultat.

Par ailleurs, il fallait prévoir un mode de règlement de « toute mésentente relative à l'interprétation ou à l'application d'une convention collective »<sup>5</sup>. Contrairement au différend qui s'insère dans la mécanique habituelle de la négociation collective, donc qui ne revient qu'à certaines époques, le grief risque d'être beaucoup plus fréquent, car il s'agit du vécu quotidien de l'entente collective. Le législateur a adopté l'arbitrage obligatoire : « Tout grief doit être soumis à l'arbitrage [...] »<sup>6</sup>.

C'est ce dernier mode de règlement des griefs qui sera d'intérêt pour notre propos.

<sup>2</sup> Voir les articles 52 et suivants, en particulier l'article 58 sur le droit de grève et de lock-out.

<sup>3</sup> Article 1e).

<sup>4</sup> Sauf pour le cas des policiers et pompiers (article 94 à 99.11) et un régime particulier qui permet parfois l'arbitrage obligatoire d'une première convention collective (articles 93.1 à 93.9).

<sup>5</sup> Définition du grief à l'article 1f).

<sup>6</sup> Article 100.



Ici s'impose un retour au moment des discussions sur une nouvelle législation qui sera le *Code*. Dans les années cinquante, c'est le droit du travail qui revendique le statut de droit nouveau, distinct du droit civil traditionnel. L'industrialisation massive de l'économie depuis le début du XXe siècle, accentuée par les deux guerres mondiales, a modifié profondément l'organisation du travail. Le mouvement syndical a regroupé les travailleurs afin qu'ils puissent, eux aussi, récolter les bénéfices des avancées technologiques. Ces gains, il faut le reconnaître, ont été obtenus par l'exercice de moyens de pression bien souvent illégaux<sup>7</sup>.

L'expérience des organisations syndicales devant les tribunaux judiciaires n'a pas été, pour emprunter un euphémisme, une réussite. Pour la partie syndicale, le système de justice en place dans les années cinquante est lourd, coûteux et, surtout, a un parti pris en faveur des employeurs. Bien avant qu'il ne soit question d'accès à la justice et d'utilisation de moyens alternatifs de règlement des litiges, on réclame une justice qui correspondra au droit nouveau des relations de travail, une justice sociale<sup>8</sup>.

Il faut souligner les caractéristiques de cette justice désirée. C'est principalement une justice participative dans la mesure où les parties qui ont élaboré la convention collective choisissent leur juge. Celui-ci sera désigné sur la base de son expérience du monde du travail et il rendra des décisions adaptées aux réalités du milieu<sup>9</sup>. Une telle justice se devrait d'être simple et rapide, à la portée de l'ouvrier, d'où la volonté d'écarter les règles compliquées du *Code civil* et du *Code de procédure civile*. L'arbitrage apparaissait donc comme l'outil tout désigné pour atteindre ces objectifs.

Cela dit, les syndicats avaient également tiré des leçons des batailles judiciaires pour faire reconnaître d'abord leur existence puis l'application de leur convention collective. Une

---

<sup>7</sup> Michel Leclerc, Michel Quimper, *Les relations du travail au Québec*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2000, pp. 24 à 41.

<sup>8</sup> Émile Gosselin, « Nature et raisons d'être des tribunaux du travail » dans G. Dion (dir.), *Les tribunaux du travail*, XVIe Congrès des relations industrielles de l'Université Laval, Québec, Presses de l'Université Laval, 1961, pp. 17-42.

<sup>9</sup> *Ibid*, Voir aussi Rodrigue Blouin, « L'apport de l'équité en contexte d'arbitrage de grief » dans G. Trudeau, G. Vallée et D. Veilleux (dir.), *Études en droit du travail à la mémoire de Claude D'Aoust*, Cowansville, Yvon Blais, 1995, pp. 25-50.

sentence arbitrale perd de son intérêt s'il faut la faire homologuer à chaque fois devant le tribunal civil. Il fallait donc que le résultat du processus arbitral soit contraignant. Ce fut le contrat social passé à l'époque. En échange de l'arbitrage obligatoire, les syndicats acceptent de ne pas exercer de moyens de pression en dehors des périodes prescrites par le *Code*<sup>10</sup>.

### **Des espoirs déçus**

Les espoirs suscités par l'entrée en vigueur du nouveau *Code* ne semblent pas avoir été remplis, du moins en ce qui concerne l'arbitrage de griefs. Des critiques s'élèvent pour affirmer que ce type d'arbitrage est miné par les mêmes problèmes que l'on attribue généralement au système judiciaire traditionnel : complexité, longueur des délais, coûts, utilisation abusive de la révision judiciaire et ainsi de suite<sup>11</sup>. Ces critiques deviennent récurrentes<sup>12</sup>.

Ironie du sort, depuis les années quatre-vingt-dix, la justice dite traditionnelle se met à l'heure des modes alternatifs de règlements des litiges dans l'espoir de parvenir à une justice plus humaine, plus accessible. On vante la médiation comme moyen efficace de régler les litiges<sup>13</sup>.

Ce mouvement vers la médiation ne peut qu'influencer le monde de l'arbitrage de griefs au Québec. La conciliation et la médiation sont des concepts bien connus en matière de négociation de convention collective, mais avec des nuances légèrement différentes de la notion développée par la doctrine en prévention et règlement des différends.

---

<sup>10</sup> Rodrigue Blouin, Fernand Morin, *Droit de l'arbitrage de grief*, 5<sup>e</sup> édition, Cowansville, Yvon Blais, 2000, pp. 22-23. L'article 107 du *Code* prohibe la grève pendant la durée de la convention collective, l'article 108 interdit le ralentissement d'activités.

<sup>11</sup> Jacques Dupont, « Le système d'arbitrage de grief est-il devenu désuet au Québec ? », dans Rodrigue Blouin (dir.), *Le Code du travail au Québec, 15 ans après*, Sainte-Foy, Département des relations industrielles de l'Université Laval, Presses de l'Université Laval, 1979, pp. 171-222.

<sup>12</sup> Voir par exemple Rodrigue Blouin, *La juridiciarisation de l'arbitrage de griefs*, Cowansville, Yvon Blais, 1996.

<sup>13</sup> Marie-France Chabot, « Des raisons et des manières d'intégrer la médiation dans le système de justice civile », (1999) 40 *Cahiers de Droit* 91.



Traditionnellement en droit du travail, la médiation comporte une connotation plus interventionniste que la conciliation<sup>14</sup>. Aux fins du présent essai, nous utiliserons plutôt l'expression de médiation comme représentant la gamme des interventions possibles, de l'intervention facilitatrice à celle plus interventionniste.

On ne peut que noter que l'usage de la médiation n'est pas répandu en matière de griefs. Il suffit de lire le compte-rendu d'une journée d'étude de l'École de relations industrielles de l'Université de Montréal, tenue le 11 mars 1983<sup>15</sup> pour remarquer le manque d'enthousiasme à cette idée. On semble y voir davantage une source supplémentaire de délai qu'un moyen innovateur pour pallier les déficiences du système. Cela ne semble pas un hasard si l'intérêt pour la médiation en matière de griefs renaît en parallèle avec l'intérêt du milieu judiciaire pour les moyens alternatifs<sup>16</sup>.

Il est manifeste que cette fois-ci, le vent de changement a soufflé plus fort du côté des tribunaux judiciaires que du côté de l'arbitrage. Chose impensable il n'y a pas si longtemps, des juges deviennent des médiateurs dans le cadre de conférence de règlement à l'amiable, mécanisme maintenant intégré dans le *Code de procédure civile*<sup>17</sup>.

Le débat fait son chemin et les arbitres eux-mêmes s'interrogent sur l'utilisation de la médiation<sup>18</sup>. En particulier, la pratique de la médiation-arbitrage<sup>19</sup> attire l'attention comme solution aux problèmes détectés par les praticiens et la doctrine. Le med-arb est une pratique hybride par laquelle le même tiers neutre est désigné pour traiter le grief à

<sup>14</sup> Robert P. Gagnon, Louis Le Bel, Pierre Verge, *Droit du travail*, 2<sup>e</sup> édition, Québec, Presses de l'Université Laval, 1991, à la p. 687.

<sup>15</sup> *La médiation pré-arbitrale en matière de conflits de droit (griefs)*, École de relations industrielles de l'Université de Montréal, document de travail no 6, 1983.

<sup>16</sup> André Ladouceur, «Médiation en relations du travail» dans *Développements récents en médiation* (1996), Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, Yvon Blais, 1996, pp. 39-72.

<sup>17</sup> Articles 151.14 et suivants du *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25 (ci-après le C.p.c.), en vigueur depuis 2003. Ajoutons que ce mouvement, loin de ralentir, semble plutôt en en voie d'accélération. À ce sujet, on peut consulter l'Avant projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile (<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/index.html>) et le mémoire présenté par le Programme de prévention et règlement des différends de la Faculté de Droit de l'Université de Sherbrooke, « Une vision en trois dimensions (3D) de l'accès à la justice », 18 novembre 2011, notamment aux pages 23 et suivantes (consécration de la culture intégrative de prévention et règlements des différends).

<sup>18</sup> Journée d'étude tenue le 18 avril 2009 par la Conférence des arbitres du Québec : La Médiation ! (Serait-ce une voie directe de solution aux coûts et contre-coups minima ?).

<sup>19</sup> Pratique que nous désignerons sous l'appellation plus usitée de « med-arb ».

deux titres, soit comme médiateur et comme arbitre. Ainsi, on veut réunir les avantages des deux processus : recherche d'une solution agréée à défaut de quoi le médiateur, devenu arbitre, rend une décision qui lie les parties<sup>20</sup>.

La question de recherche de cet essai sera la suivante : Le med-arb représente-t-il une solution juridique répondant aux espoirs originels d'une justice sociale?

Le but du présent essai est d'examiner l'application du med-arb en arbitrage de griefs en droit québécois à la lumière du choix qui a été fait à l'époque par le législateur, celui d'un arbitrage obligatoire. Contrepartie du contrat social assurant la paix industrielle, le législateur appuyait concrètement le mouvement syndical en assurant la primauté de la convention collective négociée et en obligeant les employeurs à utiliser un régime de solution des litiges, à la base consensuel.

Sur le plan juridique, les syndicats devenaient ainsi les égaux des employeurs. Notre système de rapports collectifs, fondé sur la reconnaissance officielle de l'association de salariés, l'encadrement légal des conflits de travail, le rôle central de la convention négociée et l'arbitrage obligatoire, apportait une grande sécurité au mouvement syndical. Cette égalité législative a toutefois créé les grandes attentes que nous avons évoquées d'une justice simple, rapide et adaptée.

Nous bénéficions maintenant de l'expérience de plusieurs années d'application de ce système. L'arbitrage de griefs est devenu le moyen incontestable de régler les mécontentements provenant de la convention collective. Avec le temps s'est constitué un corps suffisamment nombreux d'arbitres spécialisés en relations du travail ainsi qu'une abondante jurisprudence propre à baliser les litiges. Il apparaît que l'objectif de sécurité juridique a été atteint.

---

<sup>20</sup> Claude Martin, « Médiation, médiation-arbitrage institutionnelle ou volontaire et l'arbitre de grief », Conférence des arbitres du Québec, Journée de formation, 18 avril 2009, aux pp.5 et ss.



Toutefois, l'expérience démontre que le seul fait de choisir son arbitre n'apporte pas la justice désirée. Même s'il est plus souple que le procès civil, l'arbitrage de griefs suit de nombreuses règles de preuve et de procédure et traite de dossiers parfois fort complexes. Somme toute, selon les critiques, on reprend fondamentalement le même modèle que celui du tribunal judiciaire avec des résultats similaires. Au-delà d'ajustements ponctuels, l'arbitrage de griefs semble avoir atteint des limites infranchissables.

La doctrine de prévention et règlement des différends<sup>21</sup> tente de considérer le problème d'une autre manière. La médiation du grief par l'arbitre permettrait-elle d'aller plus loin que l'objectif de sécurité juridique, maintenant atteint, et de renouer ainsi avec les espoirs fondés à l'origine ? L'examen de cette question se fera en trois parties.

Dans une première partie, on trouvera un exposé synthétique de notre système actuel de rapports collectifs de travail. Cet examen met l'accent sur les facteurs historiques qui ont eu un effet déterminant sur les grandes articulations du système : distinction nette entre salariés et employeur, monopole de représentation syndicale et négociation d'une convention collective. Ce rappel permet de saisir les innovations juridiques qui faisaient du droit du travail un droit social. En remettant entre les mains des parties la détermination de leurs conditions de travail, le législateur créait sans le savoir une source d'espoir d'une justice différente.

Dans un deuxième temps, nous traiterons des deux principaux modes de règlements des litiges en rapports collectifs : l'arbitrage de différends et l'arbitrage de griefs. Cet examen met en relief deux facteurs qui ont rendu l'arbitrage de griefs bien différent de ce qui était anticipé.

D'une part, un facteur intrinsèque au caractère obligatoire de l'arbitrage : l'arbitre est transformé en tribunal de nature judiciaire qui déclare les droits et obligations des parties.

---

<sup>21</sup> Nous utiliserons l'expression « doctrine de prévention et règlement des différends », en abrégé, « doctrine de PRD » pour désigner les différents travaux et publications qui se penchent spécifiquement sur l'ensemble des moyens alternatifs de règlement des différends (au sens large) pour la distinguer de la doctrine spécialisée en droit du travail.

Ce faisant, il doit adopter une procédure d'adjudication quasi judiciaire par l'application des règles de justice naturelle. D'autre part, un facteur extrinsèque, les règles de droit qui ont été édictées par le législateur au fil du temps. Des législations comme celles portant sur les droits des personnes ou sur les normes minimales du travail ont complexifié le contenu même de la convention collective.

Finalement, en troisième partie, nous étudierons le rôle de la médiation dans le processus arbitral. On constate que si le *Code* et d'autres lois y font référence, le processus lui-même n'est pas balisé légalement. Il faut donc recourir à la doctrine de PRD pour en décrire les mécanismes dont les composantes de base sont bien connues en rapports collectifs de travail.

En principe, la médiation s'insère particulièrement bien dans les relations du travail, car elle favorise le règlement des litiges par les parties elles-mêmes ce qui est conforme à l'économie de notre *Code*. Toutefois, l'histoire des rapports collectifs indique que la sécurité juridique est essentielle en raison du déséquilibre fondamental entre les parties en présence.

À partir du constat d'absence de balises légales, nous exposerons les réticences de la doctrine de droit du travail concernant une certaine utilisation de la médiation comme moyen alternatif pour traiter des griefs, réticences qui sont liées au facteur de sécurité juridique du processus. Il peut s'agir tant de la médiation préarbitrale que de la médiation faite par l'arbitre avant d'exercer sa compétence. Nous examinerons les deux niveaux de risque qui sont perçus : le danger d'agir en marge de la convention collective et la violation possible des règles de justice naturelle par l'arbitre qui aurait agi préalablement comme médiateur.

Par l'examen de ces risques, nous dégagerons certaines conditions qui favoriseraient l'exercice de la médiation par l'arbitre. On peut estimer notamment qu'une intervention législative permettrait d'accorder un facteur de sécurité juridique à ce nouveau rôle, tout en préservant les acquis du rôle d'arbitre. Sans rendre le système parfait, on peut se

demander si cela ne donnerait pas une nouvelle impulsion favorisant une justice participative qui va plus loin que le simple choix de l'arbitre.

## **TITRE I      LE RÉGIME DE RAPPORTS COLLECTIFS DE TRAVAIL AU QUÉBEC**

Une synthèse de notre régime de rapports collectifs de travail ne peut se comprendre sans faire référence à l'histoire du mouvement syndical. L'examen de ces origines s'impose également pour l'identification postérieure des caractéristiques juridiques de l'arbitrage de griefs et la compréhension de la perception du rôle de la médiation dans ce type de processus.

### **1.1      HISTORIQUE**

#### **1.1.1      La relation individuelle de travail**

Avant d'aborder le regroupement des travailleurs en syndicats ouvriers, il y a lieu de considérer le traitement juridique de la relation individuelle de travail. La manière dont on a appliqué cette relation a servi de motivation au mouvement collectif de ceux-ci.

##### **a) le contrat individuel de travail**

Le travail est étroitement associé à la vie. L'être humain a d'abord travaillé pour sa survie. Dès que les groupements humains ont commencé à s'organiser, les fonctions de chacun des individus se sont différenciées. Selon les époques, on a inventé différentes formes de relations juridiques pour traduire l'organisation sociale. On peut ainsi donner les exemples du serf ou de celui de l'artisan et du compagnon qui représentaient une conception du travail dans la société. Dans notre monde occidental, la relation au travail a été marquée par la révolution industrielle.



Cette révolution, déclenchée par l'introduction de la nouvelle technologie de la machine à vapeur, a bouleversé le travail traditionnel et les relations sociales. L'adoption de ce type de machines a permis des gains substantiels de productivité en décuplant la force physique des travailleurs. À cela s'est ajoutée l'approche rationnelle du travail, le taylorisme, qui a entraîné un morcellement de la production de l'usine en diverses tâches. Cela permettait l'emploi d'ouvriers non spécialisés qui pouvaient se concentrer sur un aspect simple, mais limité, de l'ensemble du travail.

En concordance avec l'époque, le travail devient une marchandise qui peut être mesurée. Par conséquent, la qualification juridique de la relation de travail se cristallise autour de la notion contractuelle. Il faut déterminer en quelque sorte la monnaie d'échange du contrat :

The definition of the employment relationship as *locatio conductio operarum* in the civil law countries implied the depersonalisation of the relationship since the content of the contract lay not in the person but in the working power of the worker who places his labour on the labour market, just like the owner of a commodity, having a price that varies in accordance with its exchange value. This is possible because the 'equality' of the parties is a reflection of the equality between the commodities exchanges.<sup>22</sup>

Lorsque vint le temps de la codification des coutumes menant à la rédaction du *Code civil du Bas-Canada*, vers le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, il ne faut pas se surprendre du choix des codificateurs. Conçu dans cette période où la révolution industrielle est en plein essor, le *Code civil du Bas-Canada* opte pour la relation contractuelle, dénommée à juste titre de «louage d'ouvrage» ou «louage de services personnel» :

D'un point de vue historique, le «louage de service personnel» du Code de 1866 (C.C.B.-C., art. 1667 à 1671) consacrait bien le déplacement d'une conception statutaire, ou domestique, du travail pour autrui, par l'idéologie libérale. Cela valait aussi bien des «domestiques», pourtant encore près de la famille, que des «ouvriers» et, plus généralement, «des autres». La liberté de contracter régit l'emploi et cela cadre bien avec l'industrialisation de la société en 1866.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Bruno Veneziani, «The Evolution of the Contract of Employment» dans B. Hepple, (dir.), *The Making of Labour Law in Europe*, London, Mansell Publishing, 1986, p. 57.

<sup>23</sup> Pierre Verge, «Le contrat de travail selon le Code civil du Québec : pertinence ou impertinence?», (1993)

<sup>24</sup> *Revue Générale de Droit* 237, p. 239. Sur le choix des codificateurs, voir John W. Cairns, «Employment

Il faudra se rappeler que le louage d'ouvrage est le contrat qui régit les ouvriers qui voudront s'associer syndicalement.

#### b) la subordination juridique

Ainsi, selon la théorie des obligations, le salarié met à la disposition de l'employeur sa force de travail en contrepartie d'une rémunération. La conséquence de ce postulat de dépersonnalisation du travail est que le critère de base pour identifier le contrat de travail est la subordination juridique :

La subordination du salarié à l'employeur est de l'essence même du contrat de travail : il ne se conçoit pas de pareil contrat sans subordination à l'employeur, c'est-à-dire sans manifestation de l'état de sujétion dans lequel le salarié, pour mériter ce nom, doit se trouver par rapport à l'employeur<sup>24</sup>.

Il faut réaliser que le contrat de travail est sans doute le seul contrat où, en pratique, l'inégalité des cocontractants est à la base même de la relation. C'est en comparant avec d'autres types de contrat que le caractère extraordinaire de cette situation ressort. Par exemple, un consommateur peut être désavantagé du point de vue économique par rapport à l'entreprise avec qui il s'entend, mais il ne viendrait à personne l'idée qu'il soit inférieur ou qu'il doive obéissance à cette dernière. La situation est identique dans la relation entre un locateur et un locataire ou dans les contrats se rapprochant du contrat de travail, comme le contrat d'entreprise ou le mandat. Dans ces derniers cas, il est vrai que l'une des parties donne des instructions à l'autre, mais la relation demeure sur une base d'égalité. La conception de subordination juridique pose des problèmes qui ne sont toujours pas résolus de manière satisfaisante d'un point de vue juridique<sup>25</sup>.

---

in the Civil Code of Lower Canada : Tradition and Political Economy in Legal Classification and Reform, (1987) 32 *Revue de Droit de McGill* 673, p. 691.

<sup>24</sup> Marie-France Bich, «Le contrat de travail, Code civil du Québec, Livre cinquième, Titre deuxième, Chapitre septième (articles 2085-2097 Code civil du Québec)» dans *La réforme du Code civil, tome II Obligations, contrats nommés*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 752.

<sup>25</sup> Pensons notamment à la justification du pouvoir de suspension d'un employeur qui devrait plutôt être une cause de rupture du contrat.



La question a été débattue lors de la réforme du *Code civil du Bas-Canada* qui est à la base de notre droit civil. Différentes options furent étudiées pour trouver une nouvelle forme de relation à la place du contrat de louage d'ouvrage, par exemple celle du lien d'entreprise<sup>26</sup>. Cette option n'a pas été retenue. Plus d'un siècle après le louage d'ouvrage, le *Code civil du Québec*, après une réforme en 1991, retient toujours, à l'article 2085, la notion contractuelle classique :

Le contrat de travail est celui par lequel une personne, le salarié, s'oblige, pour un temps limité et moyennant rémunération, à effectuer un travail sous la direction ou le contrôle d'une autre personne, l'employeur.

Évidemment, la notion de subordination juridique a évolué au gré des changements sociaux, l'étendue du champ d'application étant autrefois très large. De profondes modifications ont été apportées par la promulgation de la *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>27</sup> pour ne nommer que cette seule législation qui, elle-même, cristallisait l'état de la société québécoise. Par exemple, il serait impensable aujourd'hui qu'une femme doive démissionner de son emploi parce qu'elle se marie comme cela a déjà été le cas dans les années soixante.

Malgré la réforme du *Code civil*, le problème de base demeure, à savoir l'inégalité fondamentale des parties dans cette relation contractuelle. La doctrine tente de limiter la portée de celle-ci tout en reconnaissant l'existence de difficultés pratiques :

Cette autorité et cette obéissance s'entendent aux seules fins de la prestation de travail, soit la durée où le salarié est en disponibilité professionnelle, pour le compte de l'entreprise. L'ascendance de l'employeur ne vaut que pour cette aire professionnelle, bien qu'il puisse parfois surgir des zones grises où il est plus délicat de tracer la ligne frontalière entre l'obligation professionnelle et les activités personnelles du salarié ou entre l'exercice légitime de l'autorité patronale et l'abus de pouvoir (II-30)<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Robert P. Gagnon, Louis LeBel, Pierre Verge, «Du soi-disant «contrat de travail», (1970) 11 *Cahiers de Droit* 282-302.

<sup>27</sup> L.R.Q., c. C-12, qui a été adoptée par l'Assemblée nationale en 1975 (L.Q. 1975, c. 6).

<sup>28</sup> Fernand Morin, Jean-Yves Brière, Dominic Roux, Jean-Pierre Villagi, *Le droit de l'emploi au Québec*, 4<sup>e</sup> édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, p. 274, par. II-55. Pensons aux salariés qui travaillent sur un territoire donné ou à partir de leur domicile.

On constate par ailleurs que le législateur a tenté d'atténuer cette inégalité par diverses lois dont les plus connues sont, outre la *Charte des droits*, la *Loi sur les normes du travail*<sup>29</sup> qui impose aux employeurs un contenu minimal en faveur des salariés et les lois traitant de la santé et sécurité des travailleurs (la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*<sup>30</sup> et la *Loi sur la santé et sécurité du travail*<sup>31</sup> ).

Cela dit, l'état actuel du droit des rapports individuels de travail au Québec est tributaire des gains obtenus par le milieu syndical, le législateur étendant au milieu non syndiqué certains avantages gagnés dans les conventions collectives. L'histoire du mouvement ouvrier montre de quelle façon les travailleurs ont pu réussir à améliorer leur existence.

### 1.1.2 Le regroupement des travailleurs

De retour au XIX<sup>e</sup> siècle, la révolution industrielle, qui a débuté en Angleterre pour s'étendre au reste de l'Occident, donne lieu à de nombreux abus. Le capitalisme sans restrictions ne se soucie que de la fructification du capital sans égard aux conditions de travail dans les usines. On pense notamment au travail des enfants, aux tâches dangereuses sans protection adéquate ou aux salaires de misère.

Dans un tel contexte, l'égalité juridique des parties apparaît n'être qu'une construction théorique qui ne résiste pas à l'épreuve du concret. D'un point de vue individuel, il est pratiquement impossible de contester devant le tribunal civil des conditions acceptées, par définition, librement, en contrepartie du salaire. De là, la nécessité pour les travailleurs de se regrouper en association pour revendiquer collectivement de meilleures conditions de travail. C'est dans un bouillonnement tumultueux qu'est né le mouvement ouvrier.

L'Histoire nous enseigne que les gains obtenus par les travailleurs aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles ont été obtenus par des luttes dans des situations bien souvent hors de la légalité.

<sup>29</sup> L.R.Q., c. N-1.1 (ci-après la LNT).

<sup>30</sup> L.R.Q., c. A-3.001.

<sup>31</sup> L.R.Q., c. S-2.1.



À cet égard, la situation au Québec, qui est l'objet de notre attention particulière, est le reflet de ce qui se passait au Canada, aux États-Unis et en Angleterre, ces deux derniers pays étant le berceau de la révolution industrielle. Les lois québécoises concernant les rapports collectifs de travail seront donc fortement influencées par les législations fédérale et américaine.

a) de l'illégalité des associations de travailleurs

Le droit d'association est inscrit dans nos *Chartes*, à l'article 2 d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>32</sup> et à l'article 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. En matière de relations de travail, ce droit que nous tenons pour acquis est une création relativement moderne. Au XIX<sup>e</sup> siècle, à une époque contemporaine de la rédaction du *Code civil du Bas-Canada*, les associations de travailleurs sont carrément vues comme étant illégales :

À moins de dispositions expresses dans la loi, les groupements passagers ou permanents de travailleurs violaient un droit qui ne reconnaissait que la stricte égalité juridique entre les individus et qui, obsédé par les exigences de la libre concurrence, condamnait comme autant d'entraves au principe du laisser-faire les tentatives d'association des travailleurs.<sup>33</sup>

C'est donc sous l'angle du droit pénal que les premières associations ont été traitées. Des gestes comme ceux de se regrouper, de revendiquer de meilleures conditions de travail et d'exercer des moyens concrets de pression, comme le refus collectif de fournir sa prestation de travail ou de faire du piquetage, constituaient des conspirations illégales visant à limiter le commerce. Avant même de considérer ces gestes comme des violations du contrat de travail, les travailleurs devaient se défendre contre l'emprisonnement et les pénalités.

<sup>32</sup> *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.), L.R.C. (1985), App.II, no 44.

<sup>33</sup> R. P. Gagnon, L. Le Bel, P. Verge, *op.cit.*, *supra*, note 14, p. 21. Voir aussi M. Leclerc, M. Quimper, *op.cit.*, *supra*, note 7, pp. 24 à 41.

b) reconnaissance des associations et de leur rôle

Il a donc fallu exercer une pression très forte pour que les gouvernements en place puissent accepter l'existence du mouvement syndical. Après de nombreux arrêts de travail illégaux et de nombreuses interventions des chefs ouvriers, les premières législations au Canada visèrent, en premier lieu, à décriminaliser dans une certaine mesure l'activité syndicale. Ce n'est cependant pas de manière enthousiaste que le législateur a légiféré, il s'agissait bien plus, en fait, d'une manière de calmer les esprits et de limiter les dégâts<sup>34</sup>.

Une fois dégagés des contraintes pénales, il fallait donc, pour les travailleurs, s'organiser tant au niveau de l'entreprise qu'au niveau national ou international. L'histoire de cette organisation des travailleurs se confond avec les progrès de la révolution industrielle dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle. Plus l'économie s'industrialisait, plus le nombre de travailleurs augmentait, ce qui rendait encore plus fort le mouvement ouvrier. Au Québec, en particulier, on retrouvait des associations affiliées à la Confédération des travailleurs catholiques du Canada, fondée en 1921 et d'autres affiliées aux organisations dites internationales, c'est-à-dire américaines, qui ont apporté ici la conception américaine des relations du travail.

Le système de rapports collectifs qui se développe est tributaire du laisser-faire de l'époque. Ce ne sera qu'après la crise économique et la Seconde Guerre mondiale que les États nord-américains deviendront plus interventionnistes. À la fin du XIX<sup>e</sup> siècle ou au début du XX<sup>e</sup>, il n'est pas question pour le gouvernement fédéral ou québécois de légiférer pour édicter des normes de travail, sauf pour enlever des abus, comme celui du travail des enfants.

---

<sup>34</sup> R. P. Gagnon, L. Le Bel, P. Verge, *Ibid*, pp. 21-22 : « D'abord, au cours d'une phase que l'on peut qualifier de négative, le législateur permet l'action syndicale par voie d'exceptions apportées à la loi pénale; puis, au cours d'une phase positive, il intervient par des lois traitant spécifiquement des syndicats et de la négociation collective, d'abord pour réglementer l'action syndicale, ensuite pour l'encourager. »



Il est donc naturel de laisser aux employeurs et aux associations de travailleurs le soin de négocier eux-mêmes leurs conditions de travail. La législation en est une de support. Ainsi, dès le début du vingtième siècle, sont adoptées des lois comme *l'Acte de conciliation*, la *Loi des enquêtes en matière de différends industriels*, au fédéral, la *Loi des différends ouvriers de Québec*, au Québec, etc.<sup>35</sup>. Le législateur encourage les parties à se rencontrer et à régler elles-mêmes leur différend au sujet de la négociation. On remarque qu'il est déjà question de conciliation ou d'arbitrage comme moyen de résoudre les litiges entre les parties.

Bref, l'État craint plutôt les conflits qui peuvent mettre un frein aux activités industrielles en ces temps mouvementés. Encore une fois, le contexte historique jouera un rôle déterminant pour façonner notre système actuel.

## 1.2 UN SYSTÈME MONOPOLISTIQUE DE RAPPORTS COLLECTIFS DE TRAVAIL

### 1.2.1 Genèse de l'adoption du monopole de représentation syndicale

#### a) le rôle des conditions socio-économiques

C'est aux États-Unis qu'est né notre système actuel de représentation. Comme il a été évoqué plus haut, c'est à coups de moyens de pression que les organisations syndicales ont pu obtenir la reconnaissance et le droit de pouvoir négocier leurs conditions de travail. Toutefois, la situation n'était pas stable. L'auteur Pierre Verge le signale<sup>36</sup>, ce sont les impératifs nés de la guerre et de la nécessité de maintenir une activité vitale, en l'occurrence l'activité du secteur des chemins de fer, qui ont amené le législateur américain à reconnaître, en 1918, la *majority rule*, c'est-à-dire le choix des représentants

<sup>35</sup> R.P. Gagnon, L. Le Bel, P. Verge, *Ibid*, pp. 25 à 29, pour une description plus complète des différentes législations.

<sup>36</sup> Pierre Verge, «Bref historique de l'adoption du monopole de la représentation syndicale au Québec», (1971) 12 *Cahiers de Droit* 303-314.

des salariés pour la négociation de la convention collective parmi ceux qui ont obtenu l'adhésion d'une majorité des salariés dans l'entreprise.

C'est la grande crise économique de 1929 qui causera un contexte social et économique propice à des changements législatifs. Le gouvernement américain est aux prises avec la pire situation économique des temps modernes et craint la montée du communisme. Il apparaît alors qu'il est plus efficace de ne pas diviser la représentation des travailleurs si l'on veut favoriser la conclusion d'ententes de travail par la négociation. C'est par l'adoption du *National Labor Relations Act (Wagner Act)* en 1935 que le législateur américain instaure l'exclusivité de la représentation des salariés par l'association majoritaire et l'obligation par l'employeur de reconnaître celle-ci comme vis-à-vis à la table de négociation.

Il semble bien que c'est guidé par le même désir de favoriser le commerce, mais vu sous un angle différent, que le président américain a appuyé cette loi :

He [le président Roosevelt] believed that passing pension and unemployment laws, as well as wage and hour legislation, rather than guaranteeing collective bargaining rights, was the best way to improve the workers' lot [...] As for the Wagner National Labor Relations Act, Roosevelt only belatedly threw his support behind it in 1935, and then largely because he saw it as a way to increase workers' consuming power, as well as a means to suppress the repeated labor disturbances that, as the act claimed, were «burdening or obstructing commerce».<sup>37</sup>

Le *Wagner Act* a influencé graduellement le voisin canadien par la suite en raison de l'intégration de deux économies.

#### b) le choix au Québec

En ce qui concerne le Québec, il y a eu diverses discussions sur le modèle à adopter. Certains préconisaient une approche pluraliste, c'est-à-dire la coexistence de plusieurs associations de salariés, à l'européenne, mais c'est l'approche majoritaire des États-Unis

<sup>37</sup> David M. Kennedy, *Freedom from fear, The American People in Depression and War, 1929-1945*, New York, Oxford University Press, 1999, pp. 297-298.



qui a été retenue. En 1944, le législateur adopte la *Loi des relations ouvrières* qui ordonne à tout employeur de reconnaître comme représentant collectif de ses salariés les représentants d'une association jouissant de l'appui de 60% de ceux-ci et de négocier avec elle. Un organisme administratif, la Commission des relations ouvrières, est créé pour veiller à l'application de cette loi :

Ses textes [à la Loi des relations ouvrières], dans leur ensemble, formulent plus clairement encore le droit que possède l'association majoritaire de représenter tous les salariés, droit qui découle de la loi et dont l'administration ne fait que constater, [...], l'existence<sup>38</sup>.

Dès 1945, on modifie la loi pour ramener le critère des 60% à celui de la majorité simple. Pour le reste, c'est essentiellement ces grandes lignes de la *Loi des relations ouvrières*, qui seront reconduites à l'adoption du *Code* en 1964.

Notre modèle basé sur le monopole de représentation syndicale est toujours en vigueur, malgré un environnement socio-économique fort différent de celui prévalant à son origine. Dans une analyse faite dans le cadre du cinquantième anniversaire de l'instauration de ce système au Québec<sup>39</sup>, les auteurs Trudeau et Veilleux font une revue des grands changements survenus depuis 1944 comme la modification du travail et des modes de gestion. Ils soulignent qu'un clivage s'est créé entre le monde syndiqué et la main-d'œuvre non syndiquée et que des problèmes se posent en ce qui concerne la représentation des salariés minoritaires dans l'unité.

Toutefois, ils concluent que des options, comme revenir à un système purement volontariste ou une intervention plus directe de l'État, ne peuvent donner l'assurance d'une démocratie industrielle :

<sup>38</sup> P. Verge, *loc.cit. supra*, note 36, p. 314. Voir aussi Gérard Hébert, «La genèse du présent code du travail» dans *Le Code du travail du Québec (1965)*, XXe Congrès des relations industrielles de l'Université Laval, Québec, Presses de l'Université Laval, 1965, 13-34.

<sup>39</sup> Gilles Trudeau, Diane Veilleux, «Le monopole nord-américain de représentation syndicale à la croisée des chemins», (1995) 50 *Relations industrielles* 9-38.

Ces différentes considérations nous portent donc à conclure que les solutions recherchées doivent nécessairement s'appuyer sur le mouvement syndical qui offre encore aujourd'hui les meilleures garanties quant à la défense des intérêts collectifs des travailleurs. Leur existence n'étant pas liée directement à celle d'une entreprise, ni à la collaboration de l'employeur bien que celle-ci soit souhaitable, les syndicats possèdent l'indépendance nécessaire pour assurer efficacement la défense des intérêts socio-économiques des travailleurs à l'intérieur et à l'extérieur de l'entreprise.<sup>40</sup>

Ce bref survol de l'histoire permet de comprendre les caractéristiques fondamentales de notre système de rapports collectifs que nous allons maintenant décrire en mettant l'accent sur ses éléments fondamentaux.

### 1.2.2 Le régime actuel de rapports collectifs au Québec

Le *Code du travail* est un exemple de législation réussie dans la mesure où il a établi un système de rapports collectifs de travail fonctionnel qui a traversé l'épreuve du temps. Dans un nombre relativement bref de dispositions, on retrouve, dès 1964, les éléments structurels que nous allons aborder. Pour l'essentiel, ils sont demeurés inchangés, les amendements législatifs subséquents n'apportant que des ajustements ponctuels. Cet encadrement a laissé la place à l'interprétation jurisprudentielle qui a permis d'adapter les dispositions aux exigences de la réalité.

Dans ce *Code*, aboutissement des lois antérieures en un tout structuré, le législateur québécois tire les leçons du passé. Le droit des salariés à se regrouper en association est à la fois énoncé et protégé, le système de monopole de représentation syndicale est affirmé, la négociation d'une convention collective et l'utilisation de moyens de pression sont encadrées. Bref, l'ensemble constitue un système qui peut fonctionner de manière autonome, avec un minimum d'interventions extérieures.

---

<sup>40</sup> *Ibid*, p. 32.

### 1.2.2.1 Les parties en présence

#### a) les salariés et leur association

Les entreprises considèrent leurs ressources humaines de différente manière : pour certaines, les employés représentent une communauté voire une grande famille. On retrouve parfois des qualifications comme celles d'associés pour désigner ceux-ci. Cependant, peu importe la conception que la gestion peut avoir de ses employés, la caractéristique de base de notre *Code* est de distinguer nettement, du point de vue légal, entre le salarié et le représentant de l'employeur. Cela ressort de la définition même du terme<sup>41</sup> :

« salarié » : une personne qui travaille pour un employeur moyennant rémunération cependant ce mot ne comprend pas :

1° une personne qui, au jugement de la Commission [des relations du travail], est employée à titre de gérant, surintendant, contremaître ou représentant de l'employeur dans ses relations avec ses salariés;

2° un administrateur ou un dirigeant d'une personne morale, sauf si une personne agit à ce titre à l'égard de son employeur après avoir été désignée par les salariés ou une association accréditée.

[...]

Cette définition démontre avec éloquence l'impact des origines du syndicalisme. L'économie de notre *Code* présuppose qu'il y a deux camps : les salariés et l'employeur. À l'époque de la promulgation du *Code*, la distinction était peut-être plus facile à faire en raison des structures plus hiérarchisées des entreprises. L'évolution des formes du travail (accroissement du travail dit de cols blancs, professionnalisation des emplois, réduction des structures et ainsi de suite). a rendu celle-ci beaucoup plus incertaine.

Les différentes instances qui ont eu à trancher les litiges portant sur le statut de salarié d'un employé ont développé une imposante jurisprudence qui a le désavantage, cependant, de traiter la question au cas par cas. On peut dégager les grandes orientations comme suit :

<sup>41</sup> À l'article 1 I), nous omettons d'autres exclusions particularisées.



[...] la présence dans les fonctions de l'employé de différents éléments constitutifs du pouvoir de gérance comme la faculté d'assigner le travail, d'en contrôler l'exécution, de le surveiller et de l'évaluer pourra suffire. Encore là, l'importance des pouvoirs exercés, la fréquence de leur exercice, le caractère décisionnel ou consultatif des interventions ainsi que le degré d'autonomie ou de discrétion de l'employé pourront être pris en considération. Il est toutefois reconnu que la simple autorité à caractère professionnel d'un employé à l'égard de salariés ne suffit pas à le priver lui-même de ce statut de salarié. Cette autorité à caractère professionnel peut ainsi prendre la forme d'une responsabilité de répartition du travail entre des salariés, de planification, de direction et même de surveillance de la qualité de ce travail. [...]<sup>42</sup>

La jurisprudence exclut également les employés qui, sans avoir du personnel sous leur direction, disposent d'un pouvoir suffisant pour engager l'employeur auprès de tiers ou qui participent de façon significative à l'orientation ou à la marche de l'entreprise<sup>43</sup>. Encore ici, l'autonomie fonctionnelle ne privera pas un employé du statut de salarié. La ligne de démarcation est donc tracée entre les salariés au sens du *Code*, d'une part, et l'employeur et ses représentants, d'autre part.

Par ailleurs, le droit des salariés de s'associer est clairement énoncé à l'article 3 du *Code*<sup>44</sup>. En fait, c'est la volonté du législateur de favoriser ce droit. En effet, dès 1964, un recours spécifique permet de protéger le salarié. Il s'agit de la plainte en vertu des articles 15 et suivants du *Code* qui permet à celui-ci de contester tout congédiement, suspension, déplacement, mesures discriminatoires ou de représailles ou toute autre sanction « à cause de l'exercice par ce salarié d'un droit qui lui résulte du présent code. »

Fait à noter, le législateur a édicté à l'article 17 une présomption en faveur du salarié qui démontre qu'il a exercé un droit. Dans le traitement des plaintes, une telle présomption dispense le salarié d'avoir à prouver l'intention illicite de l'employeur. Cette intention est

<sup>42</sup> Robert P. Gagnon, mise à jour sous la direction de Yann Bernard, André Sasseville et Bernard Cliche, *Le droit du travail du Québec*, 6<sup>e</sup> édition, Cowansville, Yvon Blais, 2008, pp. 264-265, par. 349. Une telle approche exclut les cadres inférieurs ou intermédiaires (voir *Syndicat des cadres des hôpitaux de la région de Montréal (C.S.N.) c. Hôpital du Sacré-Cœur Montréal*, [1983] C.A. 144.) même si, par ailleurs, ceux-ci sont des salariés selon la LNT précitée.

<sup>43</sup> *Ibid*, p. 266, par. 350.

<sup>44</sup> Il sera renforcé par l'article 3 de la *Charte des droits et libertés* en 1975.



présumée à moins que l'employeur ne démontre qu'il avait une autre cause juste et suffisante de sanctionner le plaignant<sup>45</sup>.

Toutefois, le droit d'association vise un type d'association qui doit avoir un but précis<sup>46</sup> :

Un groupement de salariés constitué en syndicat professionnel, union, fraternité ou autrement et ayant pour buts l'étude, la sauvegarde et le développement des intérêts économiques, sociaux et éducatifs de ses membres et particulièrement la négociation et l'application de conventions collectives.

Dans l'esprit de cloisonnement étanche entre les salariés et l'employeur, la composition des membres de cette association ne peut comporter des non-salariés. Les articles 12 à 14 du *Code* prohibent par ailleurs toute tentative d'ingérence, d'entrave ou de financement des associations par l'employeur. On veut éviter les contraintes pour empêcher les salariés de se syndiquer ou la création d'associations à la solde des employeurs. La logique du système est de promouvoir une complète indépendance en raison du monopole de représentation syndicale.

En effet, une association de salariés qui répond aux critères d'admissibilité et qui obtient une majorité d'admissions pour le groupe de salariés qu'elle entend représenter, groupe réuni dans une unité de négociation, obtient l'accréditation de la Commission des relations du travail<sup>47</sup>. Par l'accréditation, l'association de salariés devient officiellement une partie autonome.

La reconnaissance légale de la négociation entre un employeur et une association de salariés et de son résultat, la convention collective, est la conséquence nécessaire de la reconnaissance de cette dernière association. L'adoption de la *Loi des relations ouvrières* de 1944 donnait une force légale à l'association de salariés et à son monopole de représentation ce qui enlevait le seul caractère volontaire de la reconnaissance, fruit du cumul des adhésions individuelles.

<sup>45</sup> Voir *Lafrance c. Commercial Photo Service Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 536 et *Hilton Québec Ltd c. Fortin*, [1980] 1 R.C.S. 548. Un tel mécanisme de présomption sera utilisé pour les congédiements pour pratique illégale en vertu de la LNT (voir l'article 123.4 au 2<sup>e</sup> alinéa qui renvoie aux mécanismes du *Code*).

<sup>46</sup> Article 1a) du *Code*.

<sup>47</sup> Article 1b) du *Code*. La procédure se retrouve aux articles 21 à 40. Cette reconnaissance officielle est requise pour obtenir les avantages conférés par le *Code*.

L'économie de ce nouveau système faisait en sorte que tous les salariés compris dans l'unité de négociation recherchée par l'association devenaient couverts par la convention collective, et non plus les seuls membres. En d'autres termes, l'association accréditée obtenait une vie propre, une autonomie qui la distinguait du simple mandataire. Ce n'est pas sans raison que l'on utilise le terme démocratie industrielle pour décrire ce système où l'association devient presque un gouvernement dans le milieu de travail.

Cet aspect est parfois mal compris par les salariés qui assimilent souvent leur association à un simple mandataire de la volonté de ses membres. L'auteur Diane Veilleux a résumé l'état du droit sur la question qui accorde à l'association accréditée le statut d'acteur autonome :

Contrairement au mandataire contractuel ou légal de droit commun qui agit au nom et pour le compte du mandant, le syndicat accrédité, bien qu'il ait un statut de représentant, est partie prenante aux différentes activités liées à la négociation et à l'application de la convention collective. Il est en effet partie intéressée, au lieu et place des salariés de l'unité d'accréditation, à la conclusion de la convention collective, à l'exercice de la grève, au recours aux différents moyens pacifiques de règlement des conflits au moment de la négociation ou de l'application de la convention collective de travail. [...] <sup>48</sup>.

En raison de cet état juridique, l'association accréditée jouit de pouvoirs considérables. La jurisprudence est intervenue pour reconnaître et développer une obligation de représentation afin d'éviter les abus<sup>49</sup>. En 1977, le législateur a codifié cette obligation par l'article 47.2 du *Code*<sup>50</sup> et en accordant un recours au salarié aux articles 47.3 et suivants devant un tribunal administratif, à l'origine le Tribunal du travail, maintenant devant la Commission des relations du travail.

Il faut donc garder à l'esprit cette obligation lorsque viendra le temps d'aborder à la fois l'arbitrage et la médiation de griefs. S'il faut comprendre que les seules parties à la convention collective et au grief sont l'employeur et l'association accréditée, le salarié ne peut être complètement écarté d'office de l'un ou l'autre de ces processus.

<sup>48</sup> Diane Veilleux, « Proposition d'une conception organiciste de la représentation syndicale selon le *Code du travail* du Québec », (1993) 34 *Cahiers de droit* 899, pp. 911-912.

<sup>49</sup> Voir *Guilde de la marine marchande du Canada c. Gagnon*, [1984] 1 R.C.S. 509.

<sup>50</sup> « Une association accréditée ne doit pas agir de mauvaise foi ou de manière arbitraire ou discriminatoire, ni faire preuve de négligence grave à l'endroit des salariés compris dans une unité de négociation qu'elle représente, peu importe qu'ils soient ses membres ou non. ».



## b) L'employeur

De l'autre côté, le statut d'employeur sera, règle générale, plus simple à déterminer. L'article 1k) du *Code* le définit ainsi : « quiconque, y compris l'État, fait exécuter un travail par un salarié ». La difficulté d'identification pourra provenir d'une organisation corporative complexe ou de certaines relations tripartites où deux personnes se partagent les attributs habituels d'un employeur<sup>51</sup>.

Ce type de dossier sera tranché par la Commission des relations du travail qui déterminera qui est l'employeur véritable. Cet examen se fait à partir de plusieurs éléments, dont une importance prépondérante donnée à la subordination juridique et au contrôle des conditions de travail<sup>52</sup>. On retrouve donc ici le souci de mettre en rapport le véritable détenteur de l'autorité hiérarchique et les salariés concernés.

### 1.2.2.2 La négociation

#### a) L'encadrement légal

Le but ultime de l'obtention d'une accréditation est de pouvoir en arriver à la conclusion d'une convention collective qui est « une entente écrite relative aux conditions de travail [...] », selon la définition de l'article 1d). Comme nous l'avons vu, le législateur est réticent dans notre économie libérale aux interventions directes dans les milieux de travail. Il voudra laisser le champ libre aux employeurs et aux associations accréditées de traiter de tout ce qui concerne leur vécu.

Or, la doctrine des relations industrielles voit le conflit comme faisant partie de la nature même des rapports collectifs entre deux acteurs autonomes :

<sup>51</sup> En particulier le cas des agences de personnel qui fournissent des employés sur une base plus ou moins temporaire à des clients chez qui ceux-ci travaillent.

<sup>52</sup> *Ville de Pointe-Claire c. Québec (Tribunal du travail)*, [1997] 1 R.C.S. 1015.



La notion de conflit est au cœur même des rapports du travail. Il en est ainsi non seulement parce que chacun des agents ou acteurs possède sa propre autorité et que, comme le souligne Clegg, *wherever there are separate sources of authority, there is the risk of conflict*, mais aussi parce que le travail industriel est intrinsèquement la cause de ce que Hare appelle *industrial discontent*, expression que l'on pourrait traduire par «mécontentement» ou «conflit industriel»<sup>53</sup>.

Notre législation met par conséquent l'accent sur la négociation qui est le moyen privilégié pour obtenir une convention agréée :

Negotiation is a form of joint problem solving. The topical problems that negotiators focus on are often called issues. An issue exists because the parties do not agree on a particular topic and because they have perceived or actual exclusive needs or interests.<sup>54</sup>

En raison de la complexité des éléments en présence, il n'existe pas de façon unique de négocier. Il faut tenir compte de multiples variables : contexte socio-économique de l'entreprise, relations interpersonnelles, contractuelles et politiques entre les parties, historique des relations du travail, etc. Il aurait été très périlleux de dicter une manière particulière de faire.

L'innovation du système de rapports collectifs par rapport à d'autres formules est de laisser entièrement aux parties le soin de déterminer le contenu des conditions de travail, mais aussi la manière d'y parvenir. Aussi, ne faut-il pas se surprendre s'il n'y a aucune définition du terme «négociation» dans le *Code*. Au contraire, le texte de loi se montre fort laconique à ce sujet, se contentant de fixer des balises dans le temps et de fournir un environnement :

Le tracé législatif que doivent suivre les parties se limite à fixer le point de départ de la négociation, l'objet et une certaine manière de négocier et enfin, l'aide plus ou moins volontaire que les négociateurs peuvent recevoir. On constatera que le rôle de la loi, dans cette phase primordiale du régime, est relativement discret et limité. Plus il le demeure, plus la liberté des parties peut être grande et plus la convention collective peut être leur œuvre<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> Jean Boivin, Jacques Guibault, *Les relations patronales-syndicales*, Montréal, Gaëtan Morin éditeur, 1989, p. 5.

<sup>54</sup> Christopher W. Moore, *The Mediation Process*, 3d edition, San-Francisco, Jossey-Bass, 2003, p. 72.

<sup>55</sup> F. Morin, J.-Y. Brière, D. Roux, J.-P. Villagi, *op.cit.*, *supra*, note 28, p. 1157, par.IV-95.

Somme toute, l'économie de notre *Code* ne vise qu'à fournir un cadre à l'intérieur duquel l'employeur et l'association accréditée pourront négocier<sup>56</sup>. L'accent est donc mis sur le processus plutôt que sur le contenu. Les parties choisissent la méthode, le moment, l'ordre de discussion et ainsi de suite. Il n'y a qu'une exigence légale, formulée à l'article 53 : «Les négociations doivent commencer et se poursuivre avec diligence et bonne foi.»

Il ne s'agit pas de forcer une partie à accepter une concession ou un règlement de la convention collective. Cependant, la Cour suprême déclare dans l'affaire *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Association c. Colombie-Britannique*<sup>57</sup> : « Selon le droit canadien du travail, l'obligation de négocier de bonne foi porte sur toutes les conditions de travail à moins que leur objet soit contraire à la loi et que leur inclusion dans une convention collective soit prohibée.»

L'obligation de négocier avec diligence et bonne foi est intéressante, car elle vise plutôt un comportement qu'un résultat :

On peut en retenir que l'un des éléments fondamentaux consiste en l'obligation de tenir des rencontres et de consacrer du temps au processus, et qu'il s'agit d'une obligation de moyens, essentiellement intellectuelle en ce sens qu'elle fait appel à l'état d'esprit des parties qui doivent rechercher ensemble la conclusion d'une convention collective.<sup>58</sup>

Deux moyens existent pour faire respecter cette obligation. D'une part, une partie pourrait intenter une poursuite pénale contre son interlocuteur en vertu de l'article 141 du *Code*<sup>59</sup>. D'autre part, dans la réforme de 2001 du *Code*, de nouveaux pouvoirs ont été confiés à la Commission des relations du travail (articles 118 et 119). Ces pouvoirs permettent des interventions dans le processus comme forcer un employeur à signer une convention collective à cause du refus de ce dernier d'exécuter l'entente survenue à la

<sup>56</sup> On veut laisser aux parties la responsabilité d'organiser leurs conditions de travail. Voir Marius G. Bergeron, «La procédure de négociation et le recours à la grève ou au lock-out», dans *Le Code du travail du Québec (1965)*, XXe Congrès des relations industrielles de l'Université Laval, Québec, Presses de l'Université Laval, 1965, 135-152.

<sup>57</sup> [2007] 2 R.C.S. 391 au par. 104.

<sup>58</sup> R.P. Gagnon, *op.cit.*, *supra*, note 42, p.475, par.569. Comme le souligne les auteurs Morin, Brière, Roux et Villagi, le défi du législateur était d'exprimer le concept en des termes larges puisqu'une définition trop précise aurait risqué d'inciter les parties à une approche trop legaliste (*op.cit.*, *supra*, note 28, pp. 1168-1169, par. IV-102).

<sup>59</sup> Cette voie est toujours difficile à emprunter en raison des exigences très strictes de la procédure pénale (voir Gagnon, *op.cit.* *supra*, note 42, pp. 479-482, Morin, Brière, Roux, Villagi, *op.cit.* *supra*, note 28, pp. 1169-1170, par. IV-103.)



table de négociations<sup>60</sup>. La Commission veille également à ce que l'employeur ne soit pas tenté de négocier directement avec ses employés en ignorant l'association accréditée<sup>61</sup>.

Par ailleurs, un facteur temporel agit comme aiguillon : après un certain temps, les parties acquièrent le droit d'exercer des moyens de pression à savoir le refus de donner leur prestation de travail par les salariées, la grève<sup>62</sup>, ou le refus de donner du travail par l'employeur, le lock-out<sup>63</sup>.

L'exercice du moyen de pression ne met pas un terme aux obligations de la négociation. Tôt ou tard, les parties devront se remettre à négocier afin de parvenir à une entente. Pendant le conflit, on veut préserver l'équilibre entre les parties en interdisant à l'employeur de recourir à des briseurs de grève<sup>64</sup>.

En d'autres termes, la conclusion d'une convention collective ne pourra se faire que par un moyen accepté par les deux parties : négociation ou arbitrage<sup>65</sup>. Nous verrons au Titre II les modalités de l'arbitrage dans ces cas. Nous aborderons maintenant l'aide à la négociation tel qu'elle est prévue dans notre système de rapports collectifs.

#### b) La conciliation et la médiation

Dans les premières législations qui prévoyaient l'intervention de tiers dans les conflits industriels, comme on les appelait au début du XXe siècle, le législateur désignait ceux-ci sous le terme de «conciliateur»<sup>66</sup>. Ajoutons que selon les périodes, il oscillera entre

<sup>60</sup> *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 145 c. Scabrini Média inc.*, 2002 QCCRT 0044.

<sup>61</sup> Voir par exemple *Syndicat national des employés de garage du Québec inc. c. Mercedes-Benz Canada inc.*, 2011 QCCRT 0363.

<sup>62</sup> La grève doit être majoritairement autorisée au scrutin secret par les membres dans l'unité qui exercent leur droit de vote (article 20.2 du *Code*).

<sup>63</sup> Articles 58, 106 et 109 du *Code*.

<sup>64</sup> Articles 109.1 à 109.4 du *Code*. On assure également le maintien de l'emploi des grévistes (articles 110 et 110.1 du *Code*).

<sup>65</sup> Cette affirmation ne s'applique pas en pratique au secteur public. Pour des raisons de services à la population, le législateur est intervenu par des lois spéciales pour fixer le contenu de conventions collectives dans le but de mettre fin à des conflits de travail. Par ailleurs, la grève est interdite pour les policiers et les pompiers (article 105 du *Code*).

<sup>66</sup> R.P. Gagnon, L. Le Bel, P. Verge, *op. cit.*, *supra*, note 14, p. 25.



laisser volontaire le recours à la conciliation ou à la rendre obligatoire. En 1978, un nouveau régime entrait en vigueur, régime qui enlevait le passage par la conciliation comme condition préalable pour exercer son droit de grève, mettant fin à la situation qui durait depuis trente ans<sup>67</sup>.

Aujourd'hui, le recours à la conciliation est volontaire dans la mesure où une seule partie peut la demander comme le prévoit l'article 54 du *Code* :

À toute phase des négociations<sup>68</sup>, l'une ou l'autre des parties peut demander au ministre [du Travail] de désigner un conciliateur pour les aider à effectuer une entente.

Avis de cette demande doit être donné le même jour à l'autre partie.

Sur réception de cette demande, le ministre doit désigner un conciliateur.

Le législateur réserve également au ministre le pouvoir de nommer d'office un conciliateur et d'en informer alors les parties (article 55). Dans tous les cas, une fois nommé, les parties ont l'obligation d'assister à toute réunion où elles sont convoquées par le conciliateur (article 56), l'obligation générale de négocier avec diligence et bonne foi étant toujours en vigueur. Finalement, le conciliateur pourra faire un rapport au ministre si celui-ci lui demande (article 57).

Le terme de « médiateur » est utilisé dans le *Code* à la section II (Des policiers et pompiers) du chapitre IV portant sur le règlement des différends et des griefs. Son rôle est également d'aider ces derniers à parvenir à une entente agréée avec une municipalité ou régie intermunicipale avant l'envoi à l'arbitrage<sup>69</sup>.

Ajoutons qu'en vertu de l'article 13 1<sup>er</sup> alinéa de la *Loi sur le ministère du Travail*, L.R.Q., c. M-32.2, le ministre a aussi le pouvoir général : « en tout temps, désigner une personne pour favoriser l'établissement ou le maintien de relations harmonieuses entre un

<sup>67</sup> Claudette Ross, Michel Brossard, « La conciliation volontaire est-elle plus efficace que la conciliation obligatoire ? Le cas du Québec », (1990) 45 *Relations industrielles* p. 3.

<sup>68</sup> Dans un cas d'une négociation qui s'annonçait particulièrement difficile, le soussigné a été témoin d'une demande de conciliation avant même qu'une seule rencontre n'ait eu lieu entre les parties.

<sup>69</sup> Articles 94 à 97.

employeur et ses salariés ou l'association qui les représente. Cette personne fait rapport au ministre.»

Comme c'est le cas pour la négociation, ni le travail du conciliateur ni celui du médiateur n'est défini, si ce n'est pour dire qu'ils doivent aider les parties à conclure une entente. Au début du XXe siècle, la conciliation relevait davantage de ce qui serait appelé aujourd'hui la facilitation, la médiation étant réservée aux conflits industriels plus considérables. Les conciliateurs ont développé empiriquement différentes techniques qui font maintenant l'objet d'études du point de vue des modes alternatifs de résolution des litiges.

Puisque le législateur utilise des termes différents dans le même texte de loi, il faut en déduire qu'il y a une différence entre les deux types d'intervention. Selon la doctrine traditionnelle en droit du travail, la nuance entre conciliateur et médiateur en est une de degré dans l'intervention :

Le conciliateur sert, ni plus ni moins, de trait d'union entre l'employeur et le syndicat pour assurer le maintien de la communication, en permettre la reprise ou encore, proposer des avenues plus prometteuses. Une telle mission, sur demande d'une partie ou du chef du ministre, exige de la personne du conciliateur beaucoup de talents, de disponibilité et surtout une bonne connaissance de la pratique des relations du travail. Son efficacité dépend de la qualité du service personnel qu'il peut offrir, du soutien logistique que le ministère peut lui apporter et des qualités personnelles des négociateurs qui savent ou veulent véritablement rechercher un compromis. Le conciliateur ne dispose d'aucune autorité juridique; le seul moyen mis à sa disposition consiste à convoquer péremptoirement les parties à des réunions de conciliation auxquelles «les parties sont tenues d'assister» (art. 56 C.t.). Dans certains cas exceptionnels où l'ampleur des événements exige la prise de mesures spéciales, alors le ministre et mêmes les parties recherchent l'intervention de personnes ayant à leur égard ou à celui du public une grande autorité morale ou professionnelle. Ces sages, ou conseils, viennent prêter main-forte aux parties et parfois, les médiateurs recevront le mandat de formuler des recommandations et même de les rendre publiques.<sup>70</sup>

Par exemple, en des temps où la religion avait un poids considérable dans la société, certains conflits de travail ont été réglés grâce à l'intervention d'évêque. Cette logique

<sup>70</sup> F.Morin, J.-Y. Brière, D. Roux, J.P. Villagi, *op.cit.*, *supra*, note 28, p. 1175. Voir aussi R.P. Gagnon, L. LeBel, P. Verge, *op.cit.*, *supra*, note 14, p. 687 et Yvan Blain, « Critiques du système actuel d'arbitrage – Table ronde », dans *La médiation pré-arbitrale en matière de conflits de droit (griefs)*, Journée d'étude de l'École de relations industrielles de l'université de Montréal, 11 mars 1983, document de travail no 6, pp.82-83.



d'intervention importante se perpétue dans les dispositions concernant les policiers et les pompiers, puisqu'une médiation est prévue avant l'arbitrage.

Par ailleurs, cette distinction dans le l'intervention rejoint celle faite par la doctrine de PRD<sup>71</sup>. Toutefois, en pratique, il existe une confusion de plus en plus grande entre les termes conciliateurs et médiateurs. La popularité grandissante des moyens alternatifs de règlement des litiges a favorisé l'utilisation du terme «médiation» qui est celui utilisé dans la doctrine anglophone.

Ce glissement sémantique devrait préoccuper le législateur puisqu'il n'apparaît pas que le conciliateur qui agit en vertu du *Code* est restreint dans ses moyens d'intervention, sauf, évidemment, en ce qui concernerait la publication de ses recommandations. Avec le développement de l'intérêt pour les différentes techniques de solutions alternatives, le conciliateur d'aujourd'hui ne se limitera pas dans ses modes d'intervention. On peut affirmer que celui-ci utilisera tous les moyens à sa disposition, y compris ceux que la doctrine réserverait traditionnellement au médiateur c'est-à-dire des techniques interventionnistes, pour aider les parties à arriver à une entente<sup>72</sup>

Or, le législateur utilise de plus en plus les termes de « conciliateur » et de « conciliation » dans les différentes lois<sup>73</sup>. C'est ainsi que dans les litiges portés devant la Commission des relations du travail, le législateur parle de « conciliation pré-décisionnelle »<sup>74</sup>, ce qui se rapproche beaucoup du sujet du présent essai. C'est pourquoi,

<sup>71</sup> « Le médiateur est un conciliateur du type interventionniste qui se permet de poser des questions directives, de critiquer les positions, d'émettre des opinions, de faire des suggestions et d'utiliser sa capacité de persuasion pour pousser, sinon forcer, les parties à réduire l'écart qui les sépare jusqu'à aboutir à un accord. » Nabil Antaki, *Le règlement amiable des litiges*, Cowansville, Yvon Blais, 1998, p.83.

<sup>72</sup> Dans le propre site Internet du Ministère du Travail, on désigne les spécialistes mis à la disposition des parties pour résoudre leur différend comme des « médiateurs-conciliateurs ». Dans une note destinée au public qui consulte le site, on écrit : « Au Québec, il n'y a pas vraiment de distinction à faire entre le travail de conciliateur et de médiateur. Ce sont les lois en relations de travail qui utilisent un terme ou l'autre. [...] » La bande-vidéo explicative du travail des médiateurs-conciliateurs utilise plutôt l'expression « médiateur ». ([http://www.travail.gouv.qc.ca/relations\\_du\\_travail/qui\\_sont\\_les\\_mediateurs\\_conciliateurs.html](http://www.travail.gouv.qc.ca/relations_du_travail/qui_sont_les_mediateurs_conciliateurs.html), site consulté le 16 août 2011).

<sup>73</sup> Un essai de maîtrise porte d'ailleurs sur cette confusion qui risque de régner, voir Nathalie Gagnon, *La médiation : l'importance d'adopter une politique de règlement des différends au sein de l'appareil gouvernemental québécois*, Faculté de droit, Université Laval, 1999.

<sup>74</sup> Articles 121 à 123 du *Code*, conciliateurs qui, en pratique, agissent comme médiateurs.



nous utiliserons le terme med-arb qui est le plus utilisé étant entendu que les pouvoirs qu'utiliserait l'arbitre sont ceux d'un médiateur au sens présent du *Code*.

La doctrine récente en droit du travail concernant la conciliation et la médiation en arrive au même constat :

Du point de vue québécois, il semble bien qu'aucune caractéristique conceptuelle ne permette de distinguer la conciliation de la médiation, du moins dans l'encadrement juridique applicable au domaine du travail salarié. [...] Le comportement du tiers intervenant pour favoriser la résolution du litige, son caractère plus ou moins proactif, ou encore la formulation de recommandations ou d'hypothèses de règlement ne sont le propre d'aucun des deux mécanismes. En fait, dans la réalité du droit du travail québécois, leur utilisation différenciée relève exclusivement du contexte dans lequel intervient le mode de résolution qu'ils désignent.<sup>75</sup>

Ces précisions étant faites, la négociation, qu'elle se fasse sans aide ou en présence d'un conciliateur/médiateur, avec ou sans exercice de moyens de pression, doit donner un résultat : la convention collective

### 1.2.2.3 La convention collective

#### a) Notion de condition de travail

Toujours dans l'esprit de ne pas intervenir dans le champ contractuel des parties, le législateur n'a pas détaillé le contenu d'une convention collective dans le texte même du *Code*. L'article 62 fait plutôt référence au concept de « conditions de travail » : « La convention collective peut contenir toute disposition relative aux conditions de travail qui n'est pas contraire à l'ordre public ni prohibée par la loi. »

<sup>75</sup> Diane Veilleux, Gilles Trudeau, « La résolution à l'amiable des conflits et litiges du travail au Québec : de la tradition vers de nouvelles directions », (2010) 1 *Revue d'arbitrage et de médiation*, no 1, 47, pp.49-50.

Dans l'histoire jurisprudentielle des rapports collectifs de travail, l'interprétation de cette notion s'est posée en relation même avec le rôle de l'association accréditée. Nous avons vu que notre droit avait placé la relation entre un employeur et un salarié sous l'aspect contractuel. La même philosophie qui prévalait pour le salarié individuel a été appliquée à la relation entre un employeur et l'association de salariés. Il est manifeste que le concept de monopole de représentation heurtait de plein fouet la conception civiliste des juges au Québec qui estimaient que cette dernière devenait le mandataire des individus qui y avaient adhéré.

Cette question fondamentale se retrouve dans le célèbre arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Syndicat catholique des employés des magasins de Québec inc. c. Compagnie Paquet Ltée*, [1959] R.C.S. 206. En l'espèce, il s'agissait de la légalité d'une clause de retenue obligatoire de la cotisation syndicale négociée par le syndicat dans la convention collective, ce qu'on nomme, communément, la formule Rand.

Dès que ce prélèvement a commencé, des salariés, la plupart de ceux-ci n'étant pas membres du syndicat, se sont opposés et l'employeur a bientôt placé ces cotisations dans un fonds, en prévenant le syndicat de cette opposition. Le syndicat a tenté sans succès en Cour supérieure et en Cour d'appel de récupérer cet argent. Dans les deux instances, on a déclaré la clause nulle parce qu'il ne s'agissait pas d'une condition de travail au sens de la loi.

Pour motiver cette décision, la Cour d'appel apportait une distinction dans ce qui pouvait être négocié : la notion de conditions de travail « en soi » (le salaire, les clauses normatives) et les conditions de travail « conventionnelles », ces dernières nécessitant, selon la Cour, l'assentiment individuel des salariés représentés. Les juges avaient bien de la difficulté à concevoir qu'un syndicat puisse agir en organisme autonome négociant des clauses à son bénéfice, malgré l'opposition même d'une partie de ses membres.



La Cour suprême, avec la dissidence des deux juges québécois de la formation, a rejeté cette distinction mise de l'avant par la Cour d'appel. Elle a clarifié la nature de la convention collective qui découle de la nouvelle réalité. Pour la majorité, le juge Judson écrit ce passage qui est devenu une citation classique en la matière :

The union is, by virtue of its incorporation under the Professional Syndicates' Act and its certification under the Labour Relations Act, the representative of all the employees in the unit for the purpose of negotiating the labour agreement. There is no room left for private negotiation between employer and employee. Certainly to the extent of the matters covered by the collective agreement, freedom of contract between master and individual servant is abrogated. The collective agreement tells the employer on what terms he must in the future conduct his master and servant relations. When this collective agreement was made, it then became the duty of the employer to modify his contracts of employment in accordance with its terms so far as the inclusion of those terms is authorized by the governing statutes<sup>76</sup>.

Ainsi donc, même si le législateur n'a pas défini ce qu'est une condition de travail, le développement de la jurisprudence dans la foulée de l'arrêt *Paquet* s'est orienté dans la direction d'une conception très large : «En somme, la notion de condition de travail doit refléter le caractère à la fois collectif et individuel des droits découlant de la convention collective et du système de négociation établi par le droit du travail en vigueur au Québec.»<sup>77</sup>

Malgré cette ouverture inattendue, le contenu des conventions collectives des années soixante demeurait relativement simple. Les parties traitaient de conditions de travail très concrètes : horaires de travail, heures supplémentaires, salaire, application de l'ancienneté, mesure disciplinaire et autre clause du genre. Le texte d'une convention pouvait facilement être contenu dans un petit livret de poche.

L'évolution de l'économie et des protections sociales a apporté une complexification grandissante du contenu: indexation des salaires, clause de protection d'emploi,

<sup>76</sup> Arrêt *Compagnie Paquet Ltée*, à la p. 212, commenté par Fernand Morin, *Jurisprudence commentée en droit du travail, de 1898 à nos jours*, Cowansville, Yvon Blais, 1992, pp. 197-198. Comme le souligne cet auteur, on peut voir dans cet arrêt la fin de la théorie de mandataire de l'association accréditée.

<sup>77</sup> R.P. Gagnon, L. Le Bel, P. Verge, *op.cit. supra*, note 14, p. 525.



évaluation d'emploi, formation de la main-d'œuvre, etc.<sup>78</sup> On a assisté également à l'instauration de nouvelles manières de négocier, par exemple dans le secteur public (tables dites nationales et tables locales) ou à l'incorporation, par référence dans la convention, de documents extérieurs comme des polices d'assurance, des documents annexes, des déclarations d'intentions, etc.<sup>79</sup>).

Par ailleurs, différentes décisions ou interventions législatives ont ajouté un contenu obligatoire aux conventions : *Chartes des droits*, normes minimales du travail, santé et sécurité au travail, équité salariale, etc.<sup>80</sup>

#### b) Qualification de cet instrument juridique

Outre la question de ce que constitue une condition de travail, c'est la nature même de l'entente résultant de la négociation collective qui constituait un enjeu. Dans l'histoire des relations ouvrières, si plusieurs conflits ont surgi du seul fait de la volonté des employeurs de ne pas reconnaître l'association de salariés comme un interlocuteur valable, le résultat de la négociation n'avait qu'une portée fort restreinte puisqu'on mettait l'accent sur les caractéristiques purement contractuelles :

Avant l'adoption, le 3 février 1944, de la *Loi des relations ouvrières*, la situation de la négociation collective sur le plan juridique se caractérisait à la fois par son caractère facultatif et par la portée limitée de ses effets, lorsqu'elle en pouvait produire, d'un point de vue juridique. Un employeur et un syndicat incorporé sous l'empire de la *Loi sur les syndicats professionnels* pouvaient, en effet, volontairement conclure une convention collective selon les dispositions de cette loi. L'entente ne liait alors essentiellement que les membres du syndicat signataire et ceux parmi les autres salariés qui, individuellement, pouvaient y avoir adhéré.

<sup>78</sup> Pour s'en convaincre, il suffit de consulter un ouvrage comme celui de Gérard Hébert, Reynald Bourque et autres, *La convention collective au Québec*, Montréal, Chenelière Éducation (Gaëtan Morin éditeur), 2007.

<sup>79</sup> Une partie substantielle de la convention se trouve bien souvent dans ces autres documents, voir Fernand Morin, «La négociation collective selon le modèle de 1944 est-elle périmée ?», dans *La négociation collective du travail : Adaptation ou disparition ?*, XLVIIIe Congrès des relations industrielles de l'Université Laval, Département des relations industrielles, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, pp. 39-40.

<sup>80</sup> Nous y reviendrons dans la section traitant de l'arbitrage des griefs.

Pour ce qui est des conventions que l'on pouvait conclure en marge de cette loi, ou bien, aurait-on pu prétendre, ne serait-il que de contrats civils, dont la portée obligatoire n'aurait été également relative, ou peut-être même, n'étaient-ce que de «gentlemen's agreements», dépourvus d'effets juridiques. Quelle que soit la forme de la convention collective, notons toutefois que l'association de salariés signataire réussissait déjà dans bien des cas, à imposer à l'employeur le respect d'une disposition dite de préférence ou de sécurité syndicale, obligeant ainsi ce dernier à ne retenir à son emploi que les salariés qui étaient membres de l'association. Également, l'on observe que l'employeur faisait ordinairement bénéficier tout le personnel des avantages que pouvait contenir la convention collective, en matière de salaire notamment.<sup>81</sup>

Le *Code* définit maintenant la convention comme « une entente écrite relative aux conditions de travail conclue entre une ou plusieurs associations accréditées et un ou plusieurs employeurs ou associations d'employeurs ».<sup>82</sup> Entrant en vigueur après son dépôt auprès du ministre (article 72), la convention lie « tous les salariés actuels ou futurs visés par l'accréditation. » (article 67) et doit être d'une durée minimale d'un an (article 65).

Qualifiée par certains auteurs de véritable trêve dans l'éternelle confrontation qui oppose l'employeur à l'association accréditée<sup>83</sup>, la convention collective est le texte fondamental qui sert d'assise à la décision arbitrale. C'est véritablement le régime de travail applicable à tous les salariés de l'unité pour une période donnée qui est en jeu<sup>84</sup>. D'ailleurs, en 1994, les employeurs ont obtenu une modification du texte qui limitait à trois ans la durée maximale d'une convention afin de s'assurer de la paix industrielle pendant une longue période<sup>85</sup>.

Le texte de la convention prend pour ainsi dire toute la place comme le démontre le phénomène de la pratique dans les rapports collectifs de travail. La pratique, c'est-à-dire « un vécu des parties qui consiste en une façon de se comporter, d'agir, d'appliquer une

<sup>81</sup> P. Verge, *loc. cit.*, *supra*, note 36, pp. 309-310.

<sup>82</sup> Article 1d).

<sup>83</sup> F. Morin, J.-Y. Brière, D. Roux et J.-P. Villagi, *op. cit.*, *supra*, note 28, p. 1256, par. IV-157.

<sup>84</sup> Voir la définition qu'en font Morin, Brière, Roux et Villagi, *Ibid*, p. 865, par. IV-156.

<sup>85</sup> Voir Ministère du travail, *Rapport sur l'application des articles 2 et 14 de la Loi modifiant le Code du travail adoptée par l'Assemblée nationale le 11 mai 1994*, mars 2000. Ce changement entraînait des modifications dans la mécanique de remise en question périodique de l'accréditation (ce qu'on appelle communément la période de maraudage).



règle ou autres attitudes<sup>86</sup> » ne peut être qu'une source de droit complémentaire. Il faudra une clause dans la convention prévoyant expressément la survivance de la pratique, en tout ou en partie, ou encore une ambiguïté dans le texte afin de permettre d'y recourir aux fins d'interprétation<sup>87</sup>.

La doctrine de droit du travail reconnaît ce rôle primordial de la convention collective<sup>88</sup>, rôle de régulation qui dépasse le cadre contractuel. On ne peut que conclure, à la suite de Fernand Morin, que la convention collective est un acte juridique hybride qui a ses caractéristiques propres :

Selon les catégories traditionnelles, la convention collective se situerait, au plan juridique, quelque part entre la loi et le contrat, mais nullement exclusivement dans l'une ou dans l'autre de ces deux catégories. Faute sans doute d'imagination de notre part, nous nous limitons à reconnaître qu'elle emprunte ou se nourrit à ces deux sources, mais sans relever exclusivement ni principalement de l'une ou de l'autre. Pour ces raisons, il nous paraît inapproprié et même anachronique de vouloir lui imposer l'un de ces deux qualificatifs juridiques de contrat ou de loi. Cet acte juridique intermédiaire et de caractère collectif mérite que l'on respecte les qualités qui lui sont propres et sans transfuge métonymique ou fictif.<sup>89</sup>

<sup>86</sup> F. Morin, R. Blouin, *op.cit.*, *supra*, note 10, p. 113.

<sup>87</sup> *Ibid.*, pp. 115-119. Cette pratique doit être de l'ordre d'une condition de travail et être constante et reconnue.

<sup>88</sup> « Sous réserve des exigences et des limites qu'imposent les règles générales ou spécifiques de l'ordre public, une matière ou un sujet devient une condition de travail du fait même qu'elle s'insère dans le contenu d'une convention collective; on pourrait dire en somme que le contenant détermine la qualification du contenu. », R.P. Gagnon, *op.cit.*, *supra*, note 42, p.550, par. 651.

<sup>89</sup> F. Morin, *Fragments sur l'essentiel du droit de l'emploi*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2007, pp. X-6- X-7.



## CONCLUSION DU TITRE I

Cette brève revue de l'histoire des rapports collectifs permet de parvenir à quelques constats.

En raison de l'inégalité inhérente qui existe entre le salarié, pris individuellement, et l'entreprise qui lui fournit du travail, il est périlleux de laisser à la volonté des parties le soin de négocier les conditions de leur relation. Sauf quelques rares cas où la loi de l'offre et de la demande pourrait favoriser une personne hautement qualifiée ou un groupe de personnes oeuvrant dans un domaine où il y a pénurie, l'avantage sera plus souvent du côté de l'employeur qui peut puiser dans un vaste bassin de travailleurs. Le rapport de force est tout simplement inégal et, laissées sans contraintes, les entreprises en ont abusé.

Pour redresser la situation et chercher un équilibre, l'État peut intervenir ou les travailleurs s'organiser. En raison de la philosophie politique prévalant à l'époque<sup>90</sup>, il n'était pas question d'une intervention gouvernementale. C'est donc par la voie de l'illégalité et du conflit que les travailleurs se sont imposés.

Peu importe les motifs sous-jacents des interventions, les États ont dû en conséquence légiférer afin d'assurer l'ordre dans la vie socio-économique. Plus particulièrement au Québec, notre *Code du travail* est la synthèse de différentes lois édictées au cours des années. Par ce *Code*, un régime systémique de rapports collectifs est mis en place.

Par la force de la loi, le législateur, sans imposer ce régime<sup>91</sup>, en garantit la sécurité. D'une part, il protège les personnes qui veulent s'associer en fournissant un recours efficace, d'autre part, il défend l'intégrité des associations de salariés en leur permettant

<sup>90</sup> Bien que le discours de certains selon lequel moins il y a d'État, mieux se porte la société, est toujours bien vivant ne serait-ce que chez nos voisins américains.

<sup>91</sup> Selon les statistiques du Ministère du Travail, le Québec est néanmoins la région où l'on retrouve les plus fort taux de présence syndicale en Amérique du Nord. De 2001 à 2010, la moyenne observée au Québec est de 40,3% alors qu'il est de 28,2 % en Ontario, 30,8% dans le reste du Canada et de 13,8% aux États-Unis (Alexis Labrosse, *La présence syndicale au Québec en 2010*, Direction de l'information sur le travail, Ministère du Travail, avril 2011, p.6).

de contester les tentatives d'ingérence des employeurs. Le processus d'accréditation est connu et géré par un organisme neutre, la Commission des relations du travail. Il met l'accent sur la représentativité majoritaire de l'association requérante. Par le monopole de représentation syndicale, l'association accréditée devient le seul interlocuteur de l'employeur. Les parties sont donc clairement identifiées.

Le processus à suivre pour arriver au but ultime, la convention collective, est également balisé. L'employeur doit négocier avec l'association accréditée, véritable gouvernement de tous les salariés de l'unité qu'elle représente. Le législateur encadre le processus en laissant toute liberté aux parties de parvenir à une entente, seules ou assistées, et tolérant l'exercice de moyens de pression. Les leçons de l'histoire démontrent qu'il est préférable d'éviter les crises<sup>92</sup>.

Finalement, le résultat, la convention collective, est un instrument juridique nouveau, à la fois « contrat collectif » et « loi des parties », qui établit le régime des conditions de travail des salariés.

Notre régime de rapports collectifs est donc un mélange de moyens de coercition et de grande liberté. L'intervention du législateur est contraignante envers les employeurs en imposant un interlocuteur collectif, une méthode et un résultat. Il place ainsi le poids de l'État dans la balance dans le but d'établir l'équilibre entre les parties. Par contre, dans le même régime, tout ce qui concerne la relation de travail des salariés de l'unité et parfois, de l'entreprise entière, est remis entre les mains des parties. À elles d'en faire ce qu'elles veulent, dans le respect des normes d'ordre public.

C'est dans cette perspective que nous allons aborder maintenant l'étude des modes de règlement des litiges découlant des rapports collectifs.

---

<sup>92</sup> « Autant le conflit s'inscrit dans une règle du jeu explicite ou implicite; autant la crise échappe à toute programmation et à toute répétition. » Alain Minc, *Le nouveau Moyen Âge*, Paris, Gallimard, 1993, p. 175.



## TITRE II L'ARBITRAGE DANS LES RAPPORTS COLLECTIFS DE TRAVAIL AU QUÉBEC

### 2.1 LE CHOIX DE L'ARBITRAGE

Les origines de notre système de rapports collectifs expliquent la méfiance du mouvement syndical envers le système de tribunaux civils et pénaux. Nées dans l'illégalité, les associations accréditées n'ont jamais eu la perception d'un système judiciaire impartial :

[...] En arrière-plan, cependant, les tribunaux se sont souvent confinés dans le plus strict légalisme pour appliquer les diverses exceptions favorables à l'action syndicale. C'est en quelque sorte une succession de dispositions légales d'exception, d'attitudes réticentes des juges et de pressions du mouvement syndical pour l'obtention de nouvelles exceptions qui a finalement établi la légalité des syndicats ouvriers, comme celle de la grève et du piquetage pacifique, ce dont devait d'ailleurs prendre acte par la suite le pouvoir judiciaire.<sup>93</sup>

Cette approche légaliste des tribunaux civils s'est perpétuée une fois les associations reconnues légalement lors des deux grandes étapes du début du XXe siècle à 1944 et de 1944 à 1961, année de modification de la *Loi des relations ouvrières*, qui mènera au *Code du travail*<sup>94</sup>. Essentiellement, les conflits qui pouvaient survenir portaient sur la reconnaissance syndicale, sur la négociation d'une entente collective ou sur l'application de la convention pendant sa durée.

Jusqu'à la Seconde Guerre mondiale, le législateur prévoit des législations qui favorisent le volontarisme de la part des parties : conseils de conciliation, conseils d'arbitrage dont le rapport peut être accepté, si les deux parties y consentent, comme une sentence judiciaire, etc. En pratique, ce n'est que par l'exercice de moyens de pression ou par le

<sup>93</sup> R.P. Gagnon, L. LeBel, P. Verge, *op.cit. supra*, note 14, p. 24.

<sup>94</sup> F. Morin, R. Blouin, *op.cit. supra*, note 10, pp. 5 à 32.



recours, très difficile, aux tribunaux de droit commun que l'on peut soit négocier une convention, soit faire respecter les ententes négociées<sup>95</sup>.

Ainsi donc, si la *Loi des relations ouvrières* impose le modèle américain de monopole de représentation syndicale à partir de 1944, au Québec, il faudra attendre en 1961 pour voir dans la législation du travail une disposition selon laquelle tout désaccord survenu pendant la durée de la convention collective doit se résoudre sans arrêt de travail<sup>96</sup>. L'exercice de moyens de pression économique demeure la façon de régler un conflit découlant de la convention, même si on tente de la temporiser quelque peu. Les auteurs Morin et Blouin signalent que si l'arbitrage de grief est alors institué de manière obligatoire, la sentence qui en résulte n'est pas finale et ne lie pas immédiatement les parties. Il faut plutôt que les parties aient déjà négocié dans la convention l'exercice d'un tel recours<sup>97</sup>.

La situation est insatisfaisante pour le mouvement syndical à plusieurs points de vue. Le recours à la grève est à la fois rendu difficile par la législation et il doit souvent être exercé ce qui mine les énergies du mouvement syndical. Il est toujours difficile d'obtenir la sanction des conventions par les tribunaux de droit commun.

Il faut noter ici que les difficultés éprouvées concernent des éléments récurrents et fréquents des relations de travail. Contrairement aux relations plus souvent épisodiques du droit civil, les salariés, l'association accréditée et l'employeur vivent une relation continue, propice aux mésententes. Par ailleurs, le droit civil répond mal à cette nouvelle réalité. Les tribunaux appliquent rigoureusement des concepts de droit qui présument de l'égalité des parties et qui s'attachent à la lettre de la loi. Outre les difficultés d'accessibilité, le légalisme des tribunaux civils fait toujours douter de l'impartialité du système<sup>98</sup>.

<sup>95</sup> Il n'y avait pas de distinction nette à l'époque, le tout étant classé sous le vocable de conflits industriels, voir G. Hébert, R. Bourque et autres, *supra*, note 78, p. 104.

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>97</sup> F. Morin, R. Blouin, *op.cit.*, *supra*, note 10, p. 18.

<sup>98</sup> Pour certains, la situation n'a pas changé comme l'indique ce commentaire du journaliste Gil Courtemanche sur le conflit au Journal de Montréal dans le Devoir du samedi 5 mars 2011 : « Nos lois

C'est pourquoi le mouvement syndical veut se tenir éloigné des tribunaux civils où il se fait imposer un juge extérieur, l'arbitrage consensuel devient le moyen privilégié de régler les litiges :

Dans son essence l'arbitrage constitue un moyen de régler les conflits entre les particuliers en dehors des facilités étatiques qui sont mises à leur disposition dans ce but. Le fait qu'on choisisse soi-même ses juges, appelés « arbitres » au lieu des magistrats publics en fait un mode privé- et, en théorie, un mode exclusif du mode étatique – de faire décider les litiges<sup>99</sup>.

Dans notre *Code*, le législateur a institutionnalisé ce mode privé de règlement des litiges qui couvre les mécontentements pouvant résulter de la négociation et celles résultant de l'application de la convention collective. Or, dans le premier cas, l'arbitrage est principalement volontaire tandis que dans le deuxième, il est obligatoire.

## 2.2 L'ARBITRAGE DE DIFFÉRENDS

### 2.2.1 Le régime général

Outre l'exercice de moyens de pression, les parties peuvent choisir de soumettre leur litige concernant la négociation de la convention collective à un arbitre. C'est ce qui est désigné dans le *Code* comme étant un différend. Par conséquent, il faut garder à l'esprit cette notion qui a une signification précise en droit québécois des relations du travail, lorsqu'on consulte les ouvrages portant sur les moyens alternatifs de résolution des litiges.

---

civiles régissent, affirment et défendent le droit à la propriété privée, à son commerce et à sa jouissance pleine. Bon, dans ce cas, les tribunaux n'ont fait ni dans la dentelle, ni dans la compréhension des enjeux, mais ils appliquaient avec rigueur et (à mon avis) une sévérité suspecte des lois qui constituent l'esprit même du capitalisme. », *Et le coupable est...*, chronique Médias, <http://www.ledevoir.com>, 5 mars 2011. Voir aussi Alain Dubuc, *Les démons du capitalisme, pourquoi la crise et comment s'en sortir*, Montréal, Éditions Voix parallèles, 2009.

<sup>99</sup> Jean Robert, *Arbitrage civil et commercial*, 4<sup>e</sup> édition, Paris, Dalloz, 1967, p. 9, cité dans la thèse de maîtrise de Denis Ferland, *À la recherche d'une théorie juridique de l'arbitrage des griefs en droit québécois*, École des gradués de l'Université Laval, janvier 1974, p. 14. Voir aussi Gérard Dion, *Dictionnaire canadien des relations du travail*, 2<sup>e</sup> édition, Québec, P.U.L., 1986, p.29 : « Arbitrage : Action parajudiciaire spéciale consistant à s'en remettre à la décision d'un tiers pour régler un litige [...] »



Selon la doctrine de droit du travail, le différend est qualifié de conflit d'intérêts :

Le conflit d'intérêts est donc celui qui, au contraire de ce qu'on appelle conflit de droit, n'a pas source dans l'application ou l'interprétation d'un droit déjà existant, mais tire plutôt son origine d'attitudes non encore réconciliées selon lesquelles les parties ne s'entendent pas quant au marché à conclure. Autrement dit, la loi n'est pas encore faite, la convention n'est pas intervenue, le marché n'est pas conclu.<sup>100</sup>

Le régime général est purement volontaire comme le prescrit l'article 74 du *Code* : «Un différend est soumis à un arbitre sur demande écrite adressée au ministre par les parties». Contrairement à la situation dans le passé, aujourd'hui, aucun préalable n'est exigé, ni même une conciliation infructueuse.

Le différend est entendu par un arbitre accompagné d'assesseurs représentant les parties à moins d'entente à l'effet contraire. Le *Code* pourvoit aux modalités de l'enquête qui doit être faite afin de permettre aux parties d'être entendues. Le point important pour notre exposé est le pouvoir de l'arbitre édicté à l'article 79 :

L'arbitre est tenu de rendre sa sentence selon l'équité et la bonne conscience.

Pour rendre sa sentence, l'arbitre peut tenir compte, entre autres, des conditions de travail qui prévalent dans des entreprises semblables ou dans des circonstances similaires ainsi que des conditions de travail applicables aux autres salariés de l'entreprise.

Le second alinéa de l'article 79 énonce une pratique en cours depuis longtemps, tout en n'étant pas limitatif pour l'arbitre<sup>101</sup>. Il est entendu que l'arbitre doit privilégier toute entente partielle à laquelle les parties peuvent parvenir.

On pourrait discourir longuement sur l'arbitrage de différends, mais, en pratique, ce mode de règlement est très peu utilisé<sup>102</sup>, signe que les parties ne veulent pas abdiquer

<sup>100</sup> Jean-Réal Cardin, «Exposé des régimes contemporains A- Dans la province de Québec», dans *Le règlement des conflits d'intérêts en relations du travail dans la province de Québec*, XIIIe Congrès des relations industrielles de l'Université Laval, Québec, Presses de l'université Laval 1958, p. 16. Voir aussi Robert Auclair, «Le règlement pacifique des conflits», dans *Le Code du travail du Québec (1965)*, XXe Congrès des relations industrielles de l'Université Laval, Québec, Presses de l'Université Laval, 1965, p. 154.

<sup>101</sup> Morin, Brière, Roux, Villagi, *op.cit.*, *supra* note 28, p. 1237, par. IV-142.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 1238. Les auteurs mentionnent qu'en 2007-2008, aucun différend n'a été soumis à l'arbitrage, selon les données du Ministère du Travail. Le rapport annuel de gestion du Ministère du Travail pour l'année 2009-10 mentionne, à la page 7, que pour l'année 2009, vingt conventions ont été conclues par



leur pouvoir, surtout si une d'entre elles estime être en position de force<sup>103</sup>. La doctrine explique la situation par la grande hésitation des parties à reconnaître leur impuissance à conclure une convention collective et au refus de laisser un tiers décider pour elles et leur imposer des conditions de travail qui s'appliqueront et qui serviront de base aux futures négociations<sup>104</sup>.

## 2.2.2 Les exceptions

### a) la première convention collective

Historiquement, le caractère consensuel de l'arbitrage de différend avait un impact sur la conclusion d'une première convention collective où plusieurs conflits ont opposé le nouveau syndicat et l'employeur. Ces conflits ont entraîné des longueurs et des coûts considérables. Le législateur a décidé de faire un accroc au principe du pur volontarisme en instaurant un mécanisme d'arbitrage de la première convention collective<sup>105</sup>.

La section comprise aux articles 93.1 à 93.9 traite de façon particularisée cette éventualité. Il faut relever l'existence de conditions préalables : il doit s'agir d'une première convention pour le groupe de salariés visé par l'accréditation et il doit y avoir eu une conciliation infructueuse. Une fois ces conditions remplies, une seule partie peut demander l'arbitrage. L'intérêt pour notre propos est qu'une fois nommé, l'arbitre ne passe pas directement à l'action. Il doit d'abord décider de déterminer le contenu de la

---

arbitrage, ce qui représente 1,2% de l'ensemble des ententes de l'année. Or, ce total inclut également les arbitrages selon le régime d'exception que nous allons aborder par après.

<sup>103</sup> Par exemple, dans les conflits fort médiatisés au Journal de Québec et au Journal de Montréal, la partie syndicale a réclamé en vain l'arbitrage de différend, l'employeur refusant de donner son accord. On a même fait appel au ministre du Travail, sans succès. Comme le mentionne également Robert P. Gagnon, le gouvernement refuse l'arbitrage dans les secteurs public et parapublic puisqu'il n'appartient pas à un tiers de décider l'affectation des fonds public (voir Gagnon, *op.cit.*, *supra* note 42, p.498, par. 591.).

<sup>104</sup> Morin, Brière, Roux, Villagi, *op.cit.*, *supra* note 28, p. 1238, par. IV-143.

<sup>105</sup> Mécanisme qui était au début accueilli avec scepticisme : «Peut-être que les dispositions du *Code du travail* relatives à l'arbitrage d'une première convention collective peuvent être considérées comme la «trouvaille du siècle», mais, avant de tirer une telle conclusion [...], Jean-Paul Deschênes, «L'arbitrage d'une première convention collective» dans R. Blouin, J.-P. Deschênes, J. Sexton et A. Vinet, (dir.), *Le Code du travail du Québec 15 ans après*, Département des relations industrielles de l'Université Laval, Québec, Presses de l'Université Laval., 1979, p.145.

première convention collective « lorsqu'il est d'avis qu'il est improbable que les parties puissent en arriver à la conclusion d'une convention collective dans un délai raisonnable. » (article 93.4).

Dans la pratique s'est instauré un mécanisme en deux temps : une première étape de médiation et une seconde d'arbitrage :

i) *Première étape (la médiation)* : La conjugaison des articles 93.3 et 93.4 C.t. indique bien que l'arbitre doit d'abord et avant tout « tenter de régler le différend ». Il s'agit d'une recherche de voies de compromis acceptables de part et d'autre. Cette mission de médiation n'incombe pas aux assesseurs, bien qu'ils puissent être mis à contribution dans cette recherche si toutefois il ne s'agit pas des négociateurs de la veille. Notons qu'à cette étape, l'arbitre dispose d'un moyen de pression non équivoque, soit celui de pouvoir imposer d'autorité les mêmes propositions ou d'autres.

[...]

ii) *Seconde étape (l'arbitrage)* : Dès que l'arbitre décide d'arrêter d'autorité les conditions de travail, il lui faut respecter les règles applicables au processus arbitral.<sup>106</sup>

Ce mécanisme démontre la grande réticence du législateur à s'immiscer dans les négociations de convention collective à la place des parties d'autant plus que la décision de l'arbitre, prise en vertu de l'article 93.4, met fin à la grève ou au lock-out qui serait en cours et impose le respect des conditions de travail existantes (article 59). Malgré un faible taux d'utilisation, on reconnaît une utilité certaine au processus, en raison de son existence, qui impose une pression sur les parties pour régler elles-mêmes plutôt que de se voir imposer une convention<sup>107</sup>.

<sup>106</sup> Morin, Brière, Roux, Villagi, *op.cit. supra*, note 28, pp.1242-1243, par. IV-147. Comme le soulignent les auteurs : « [...] le choix de l'arbitre demeure une question importante afin d'y dépêcher des personnes suffisamment avisées de la nature du double rôle qui leur est confié et des implications de leurs interventions sur la conduite des futurs rapports des parties. La qualité de ce tiers est donc primordiale pour atteindre l'objectif réel sous-jacent de ce recours, qui consiste à résoudre l'impasse avec les parties, et seulement s'il le faut vraiment, sans elles. » *Ibid.*, p. 1245, par. IV-150.

<sup>107</sup> *Ibid.*



## b) les policiers et pompiers municipaux

La situation de ces salariés est en soi exceptionnelle puisque le droit de grève leur est interdit<sup>108</sup>. Dès lors, un régime spécial édicté aux articles 94 à 99.11 s'applique. Il y a d'abord la possibilité d'une médiation volontaire (et non d'une conciliation, au sens du *Code*). À l'expiration de la période de médiation, le médiateur rédige un rapport pour les parties et l'envoie au ministre avec ses commentaires<sup>109</sup>.

En cas d'échec, les parties pourront choisir un arbitrage de différend ou, à la demande conjointe des parties, une médiation-arbitrage. Dans ce dernier cas, la procédure ressemble à la situation présente dans les cas de première convention collective. Selon l'article 99.1.1 :

Le médiateur-arbitre doit, avant de procéder à l'arbitrage, tenter de régler le différend déféré par le ministre.

Il doit décider de déterminer le contenu de la convention collective lorsqu'il est d'avis qu'il est improbable que les parties puissent en arriver à la conclusion d'une convention collective dans un délai raisonnable. Il informe alors les parties de sa décision.

L'arbitrage se poursuivra selon les règles déjà énoncées dans les autres cas.

En résumé, bien que le traitement de l'arbitrage de différend présente de nombreux points intéressants, il faut convenir qu'il s'agit d'un type de mésentente qui ne surgira qu'à des moments déterminés par le calendrier des négociations. Dans les relations quotidiennes entre un employeur et une association de salariés, de nombreuses mésententes peuvent se présenter. Lorsqu'on parle dans la doctrine de droit du travail de mode de règlement des litiges efficace, on signifie plutôt l'autre type d'arbitrage que nous allons aborder, l'arbitrage de griefs.

<sup>108</sup> Article 105 du *Code*. Par implication nécessaire (article 109), il ne peut y avoir de lock-out.

<sup>109</sup> Ce qui provoque l'étonnement : « [...] il nous faudrait reconnaître que le législateur retient une conception particulière de la médiation et qu'au-delà des termes employés, il s'agirait davantage d'une « conciliation ministérielle ». Morin, Brière, Roux, Villagi, *op.cit. supra*, note 28, p.1249, par. IV-152.



## 2.3 L'ARBITRAGE DE GRIEFS

### 2.3.1 Définition<sup>110</sup>

Le législateur définit le grief à l'article 1f) du *Code* : « toute mécontentement relative à l'interprétation ou à l'application d'une convention collective ». En principe, cette définition est simple, car elle fait référence au texte même de la convention collective.

En vertu de l'article 102, les parties peuvent également choisir de soumettre à l'arbitrage une mécontentement qui ne porterait pas sur une question conventionnée : cette mécontentement « ne peut être réglée que de la façon prévue dans la convention et dans la mesure où elle y pourvoit. Si une telle mécontentement est soumise à l'arbitrage, les articles 100 à 101.10 [les dispositions sur l'arbitrage de griefs] s'appliquent. ». Si cela n'est pas prévu dans la convention, cet autre type de mécontentement ne pourra être traité, le cas échéant, que par la voie judiciaire ou lors de la prochaine négociation.

### 2.3.2 L'expérience de l'arbitrage de griefs

#### a) Les espoirs d'une nouvelle justice

Comme nous l'avons vu, par l'adoption de diverses lois et, surtout, par la concrétisation d'un *Code du travail*, le législateur faisait la démonstration qu'il était possible d'intervenir pour favoriser un équilibre entre salariés et les employeurs par la promotion des associations syndicales et de leur rôle. Ces interventions étaient innovatrices puisqu'elles se démarquaient nettement des concepts de droit civil.

---

<sup>110</sup> Nous concentrons notre étude sur ce qui constitue l'essentiel de l'arbitrage en la matière. Il existe des griefs assimilés par voie législative, par exemple les griefs sur le maintien des conditions de travail (article 59) ou l'envoi d'une réclamation d'un salarié à l'arbitrage lorsque l'association accréditée n'a pas respecté son devoir de représentation (article 47.5) (Voir F. Morin, R. Blouin, *op.cit.*, *supra* note 10, pp. 189-213).

Après la Seconde Guerre mondiale, le droit du travail, en fait on pourrait dire le droit des rapports collectifs, était en émergence. Il cherchait à se démarquer du droit privé dont les règles ne lui convenaient pas et aspirait à la reconnaissance de ses caractéristiques particulières, en particulier la participation des intéressés :

Le droit du travail est à la fois révolutionnaire et évolutionnaire et il tend à se détacher complètement du droit civil privé. [...] C'est donc un droit qui ne peut s'interpréter qu'à partir d'une connaissance profonde et aussi humanisante que possible des faits et des personnes mêmes qui lui ont donné naissance, faits et personnes auxquels il s'agit maintenant d'appliquer la législation, la réglementation, et en général les règles du droit. [...] Surtout, il ne faut pas s'étonner de la participation des parties intéressées elles-mêmes à l'élaboration de ce droit, que ce soit au palier statutaire ou au palier d'accords collectifs. Car une loi ou une règle n'est valable et efficace que si elle est volontairement acceptée, que si elle est connue, et que si elle constitue la meilleure solution possible, à un moment donné, à une situation sociale ou individuelle quelconque. Et étant donné que le droit du travail a pour objet des situations et des personnes perpétuellement en mouvement, et constamment en état non pas seulement de dépendance, mais d'interdépendance, il ne faut pas s'étonner du rôle pris par l'administrateur, le fonctionnaire et même les participants privés à la fois à l'élaboration de ce droit et à son exécution proprement dite.<sup>111</sup>

En d'autres termes, les salariés, regroupés en syndicat, veulent être les coresponsables de leurs conditions de travail et non pas se les faire imposer par l'employeur. C'est la négociation qui conduira au résultat convenu par les parties; la convention collective est fréquemment surnommée « la loi des parties » ce qui en dit long sur le caractère accordé à cette entente.

Pour employer une image, une fois le pouvoir accordé en amont aux salariés, ceux-ci ne veulent pas laisser l'aval, c'est-à-dire l'interprétation et l'application de leur convention, au système judiciaire civil qui n'a démontré aucun signe d'empathie envers eux. Selon la doctrine de l'époque, les tribunaux civils ont failli à la tâche<sup>112</sup>. À droit nouveau doit

<sup>111</sup> Émile Gosselin, *loc.cit.*, *supra*, note 8, pp. 27-28. On pourrait utiliser plusieurs éléments de cette même citation, en l'adaptant, en faveur de la médiation.

<sup>112</sup> « C'est donc dans l'ordre des rapports collectifs que les conceptions juridiques traditionnelles, que les recours au droit commun doivent être le plus complètement abandonnés, car c'est là que ses techniques sont le moins adaptées à la réalité », Jean-Réal Cardin, « Le particularisme et l'esprit propre du droit du travail », dans G.Dion (dir.), *Les tribunaux du travail*, XVIe Congrès des relations industrielles de l'Université Laval, Québec, Presses de l'Université Laval, 1961, 115, p. 126.



correspondre un système de justice différent qui sera apte à répondre aux défis de l'ère industrielle.

Les caractéristiques de ce nouveau système de justice devaient être les suivantes<sup>113</sup> :

1. Une justice adaptée<sup>114</sup> :

- Choix du décideur par les parties plutôt qu'un juge imposé
- Un décideur spécialisé dans le domaine des relations de travail
- Un décideur en équité

2. Une justice rapide et simple :

- Une procédure simple plutôt que la procédure du *Code de procédure civile*
- Des règles de preuve simples plutôt que les règles du *Code civil*
- Une décision finale et sans appel

3. Une justice économique : conséquence d'une justice rapide et simple<sup>115</sup>

Quelle serait la forme que prendrait concrètement cette nouvelle justice ? Les participants au Congrès hésitaient entre diverses formules : tribunal du travail à compétence générale ou à compétence particulière, possibilité d'appel à un ou plusieurs paliers, maintien de l'arbitrage avec création d'un tribunal intermédiaire pour ne pas aller devant la Cour supérieure et ainsi de suite.

<sup>113</sup> Cette synthèse est tirée principalement du rapport du XVIe Congrès des relations industrielles précité, congrès qui réunissait les sommités de l'époque en relations du travail au Québec. Voir aussi Rodrigue Blouin, *loc. cit.*, *supra*, note 9, 25-50.

<sup>114</sup> « On a réclamé également pour l'exercice de la fonction juridictionnelle des personnes spécialisées dans les divers domaines sujets à l'application des diverses lois du travail. » E. Gosselin, *loc. cit.*, *supra* note 8, p.28.

<sup>115</sup> « En outre, les règles de la procédure elles-mêmes et les règles de la preuve sont souvent inappropriées à la nature du conflit devant le tribunal, et conduisent trop souvent à des disputes entre avocats plutôt qu'à un règlement prompt et adéquat de la contestation. [...] Elle [la partie lésée] a besoin d'une procédure des plus expéditives, car le droit réclamé est le plus souvent une somme d'argent dont elle a de besoin pour vivre. » *Ibid*, p.29. Voir aussi la discussion synthèse du Congrès, *loc. cit.*, *supra* note 8, 135-146.

## b) Le choix de l'arbitrage obligatoire

Comme nous l'avons vu, l'arbitrage, un mode du droit privé, était déjà utilisé pour décider des litiges résultant des conventions collectives de préférence aux recours devant les tribunaux de droit commun. Toutefois, l'arbitrage étant un mode volontaire de règlement des litiges, il nécessite l'accord des parties pour y participer ainsi que pour exécuter les conclusions de l'arbitre. Historiquement, les associations accréditées ont connu des problèmes pour faire respecter des sentences obtenues en leur faveur<sup>116</sup>. L'arbitrage volontaire n'était pas un mode fiable pour résoudre les griefs.

C'est en 1961, par la *Loi des relations ouvrières*, qu'un contrat social est passé. Dorénavant, la grève et la contre-grève sont interdites pendant la durée de la convention collective. En échange, l'arbitrage devient le moyen obligatoire de trancher les griefs<sup>117</sup>. Pour notre propos, ce contrat social est la leçon capitale de cette revue des origines de l'arbitrage de griefs :

Il ne faut pas perdre de vue qu'historiquement l'arbitrage de griefs n'est pas venu se substituer à un autre mode de règlement pacifique, le recours devant le tribunal civil, mais qu'il s'est trouvé à prendre la place du recours à la force : grève, boycottage, lock-out.<sup>118</sup>

C'est ainsi que la disposition de base sur l'arbitrage de griefs, l'article 100 du *Code*, édicte :

Tout grief doit être soumis à l'arbitrage en la manière prévue dans la convention collective si elle y pourvoit et si l'association accréditée et l'employeur y donnent suite; sinon il est déféré à un arbitre choisi par l'association accréditée et l'employeur ou, à défaut d'accord, nommé par le ministre.

<sup>116</sup> « Nous sommes tous d'accord pour déplorer que dans les conflits de droit sur les conventions collectives (griefs), alors que les parties s'engagent contractuellement à être liées par la décision d'un arbitre ou de plusieurs arbitres, il y ait parfois refus de respecter l'entente. » Marc Lapointe, « La place des tribunaux du travail dans l'ensemble de l'organisation judiciaire », dans G.Dion (dir.), *Les tribunaux du travail*, XVIe Congrès des relations industrielles de l'Université Laval, Québec, Presses de l'Université Laval, 1961, 93, p. 109.

<sup>117</sup> F.Morin, R. Blouin, *op.cit.*, *supra*, note 10, pp.22-25. C'est ce qui sera codifié en 1964.

<sup>118</sup> Pierre Verge, «Le forum de la convention collective», (1967-68) 9 *Cahiers de Droit* 564, p. 568.



En application du principe de monopole de représentation syndicale, s'il est reconnu qu'un salarié peut déposer un grief, ce dernier devra être soumis à l'arbitrage par l'une des deux parties à la négociation : l'association accréditée ou l'employeur. Le devoir de représentation syndicale demeure cependant présent à toutes les étapes du processus de l'arbitrage de griefs : dépôt du grief, étude du grief, envoi à l'arbitrage, audition de l'arbitrage, règlement du grief, étude de la sentence arbitrale<sup>119</sup>.

Il n'y a guère qu'une seule façon pour un salarié de pouvoir intervenir. Le *Code* prévoit que le salarié intéressé a le droit d'être entendu (article 100.5). Il ne faut pas confondre ce droit avec l'application du devoir de représentation, il s'agit plutôt de cas où un salarié pourrait avoir des intérêts opposés à ceux de l'association accréditée<sup>120</sup>.

Somme toute, les espoirs étaient grands envers ce nouveau moyen : l'arbitrage permettait de choisir son décideur, en le payant, les parties utiliseraient une procédure allégée par rapport à la procédure civile, tout en ayant une garantie de sécurité juridique. Ce choix apparaissait constituer une réponse adaptée aux exigences de la nouvelle justice.

### c) Les espoirs déçus

Après quelques années d'expérimentation du système d'arbitrage obligatoire de griefs, des voix s'élèvent pour émettre de sérieuses réserves. On apprécie certes la création d'un système de justice qui permet de faire évoluer le nouveau droit du travail, mais les caractéristiques de celui-ci ne correspondent pas aux attentes d'une nouvelle justice : délais de plus en plus longs, hausse des coûts, croissance de l'utilisation des moyens de preuve et de procédure, augmentation des demandes de révision judiciaire, etc.

Quinze ans après l'adoption du *Code du travail*, l'École des relations industrielles de l'Université Laval fait le point sur l'évolution du droit du travail depuis 1964. À cette occasion, l'arbitre Jacques Dupont se demande si le système d'arbitrage de griefs

<sup>119</sup> Noël c. Société d'énergie de la Baie James, [2001] 2 R.C.S. 207. Il faut noter que les coûts de l'arbitrage pour l'association accréditée peuvent entrer en considération dans la décision de poursuivre ou non un grief.

<sup>120</sup> F. Morin, R. Blouin, *op.cit.*, *supra*, note 10, p. 183.

conserve sa pertinence. Selon ses observations deux maux affligent le système. D'une part, ce qu'il appelle une « judiciarisation » interne, c'est-à-dire une utilisation abusive des moyens de procédure :

Autrement dit, un système de justice qui était assez rapide et efficace (c'est du moins mon avis...) et assez compréhensible pour le plaignant et qui ne faisait pas habituellement l'objet de requêtes préliminaires (soit en irrecevabilité, soit en prescription, etc.) est maintenant en voie de devenir un « système de procédurite » où ce n'est plus le fond du litige qui importe, mais tous les accidents de parcours ! Du moins, c'est là l'impression que l'audition de beaucoup d'arbitrages laisse à ceux qui participent à son processus, à l'heure actuelle.<sup>121</sup>

D'autre part, une « judiciarisation » externe, c'est-à-dire le recours à outrance à la révision judiciaire :

Tout ce que l'on peut affirmer pour le moment, c'est qu'il y a multiplication des brefs d'évocation à un point tel qu'on peut se demander si les parties ont perdu confiance dans les arbitres ou dans le système d'arbitrage, puisqu'elles acceptent de moins en moins souvent la décision arbitrale finale rendue en vertu du *Code du travail*. Une autre interprétation que l'on pourrait faire à ce sujet serait que les différentes parties souhaitent voir des tribunaux d'appel dans le domaine de l'arbitrage : si c'est bien cette deuxième version qui est la bonne, les parties feraient mieux de prévoir des appels dans leur convention ou demander, si c'est ce qu'elles préfèrent, au législateur de créer une division d'appel des tribunaux de droit commun concernant le système de l'arbitrage plutôt que de multiplier ainsi les brefs d'évocation contre les décisions des arbitres.<sup>122</sup>

Ces critiques deviennent récurrentes. Le constat de 1979 est réitéré dans la doctrine de droit du travail une vingtaine d'années plus tard : le régime d'arbitrage de griefs ressemble de plus en plus au système des tribunaux civils<sup>123</sup>. Quelque quarante ans après l'adoption du *Code*, on déplore les difficultés de l'arbitrage dans le traitement des conflits de nature relationnelle. Le professeur Jean-Pierre Villagi exprime en ces termes les critiques adressées au système d'arbitrage de griefs :

<sup>121</sup> Jacques Dupont, *loc.cit.*, *supra*, note 11 p.185.

<sup>122</sup> *Ibid.*, p.187.

<sup>123</sup> R. Blouin, *op.cit.*, *supra*, note 12.



Affirmer que la procédure d'arbitrage de grief a peu évolué est aussi un lieu commun. Notre système d'arbitrage continue donc à aborder ce genre de conflit comme un conflit juridique « classique ».<sup>124</sup>

Bref, le recours aux moyens de preuve et de procédure rend les arbitrages plus complexes et plus longs. Le processus devient en conséquence coûteux et le résultat apparaît souvent comme très légaliste, mal adapté au véritable conflit qui fait l'objet du litige. Les moyens de résoudre ces problèmes sont étudiés lors de colloques ou de journées d'étude. Les propositions pratiques sont nombreuses : cela va de l'interdiction des avocats en arbitrage en conférence préparatoire serrée, de l'utilisation de divers moyens comme la divulgation préalable de la preuve, de la limitation de la jurisprudence invoquée et ainsi de suite.

En avril 1999, un projet pilote est même instauré par le Conseil consultatif du travail et de la main-d'œuvre : le « Tribunal d'arbitrage procédure allégée (TAPA) »<sup>125</sup>. Ce projet cherche à réduire considérablement le délai entre la demande d'arbitrage et le prononcé de la sentence arbitrale en limitant, par exemple, la durée de l'audience pour certains cas et en obligeant l'arbitre à rendre sa décision séance tenante ou dans les sept jours. Ce projet pilote de TAPA est un échec : en pratique, les parties ne l'utilisent pas. Le Conseil y met fin le 1<sup>er</sup> septembre 2006<sup>126</sup>.

La question est toujours d'actualité comme le démontre le thème de la journée de formation de la Conférence des arbitres du Québec tenue le 18 avril 2009 : La Médiation! (Serait-ce une voie directe de solution aux coûts et contre-coups minima ?)<sup>127</sup>.

Certes, on a identifié çà et là des problèmes pragmatiques dont la solution serait sans nul doute utile, par exemple, une meilleure préparation préalable des dossiers d'arbitrage afin d'éviter les longueurs et les surprises indues. Il semble préférable cependant d'examiner

<sup>124</sup> Jean-Pierre Villagi, «Les conflits relationnels : comment penser la procédure d'arbitrage de grief», dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail dans le secteur de l'éducation*, volume 235, Cowansville, Yvon Blais, 2005, p. 27.

<sup>125</sup> Conseil consultatif du travail et de la main-d'œuvre, *Le Tribunal d'arbitrage procédure allégée (TAPA), Une procédure d'arbitrage de griefs : plus accessible, plus efficace et à moindre coût*, avril 2002.

<sup>126</sup> Voir Jean-Serge Masse, *L'arbitrage de grief au Québec*, Cowansville, Yvon Blais, 2005, p. 17 : sur une période de référence de quatre ans, il n'y a eu que trois décisions.

<sup>127</sup> La situation serait similaire en Ontario : « Labour Arbitration gone 'off trajectory' » : Ontario chief justice » <http://www.canadianlawyermag.com/labour-arbitration-gone-off-trajectory-ontario-chief-justice.html>, mis en ligne le 2 mai 2011 (consulté le 6 juin 2011).

quels facteurs juridiques ont pu jouer pour que la doctrine de droit du travail et les praticiens expriment d'une même voix leur déception par rapport aux espoirs d'origine.

À cet égard, la décision du législateur de rendre l'arbitrage de griefs obligatoire apparaît être déterminante. Nous examinerons les conséquences de ce choix initial qui comporte un facteur intrinsèque propice à la « judiciarisation » de l'arbitrage de griefs. L'autre facteur, extrinsèque celui-ci, l'évolution sociale constatée par la législation, a contribué au renforcement des traits judiciaires du rôle de l'arbitre.

### 2.3.3 Facteur intrinsèque : l'arbitre est un tribunal

Pour représenter une alternative valable au recours à la force, il fallait que l'arbitrage ait une portée contraignante. Le début de l'article 100 est capital, car il ne laisse aucune autre solution pour faire trancher un grief : « Tout grief doit être soumis à l'arbitrage [...] »

Juridiquement, il ne fait alors plus de doute que l'arbitre de griefs est un tribunal de nature judiciaire et un tribunal au sens de la *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>128</sup>. Fait qui est sans doute passé inaperçu à l'époque, l'autorité de l'arbitre de griefs ne provient pas de l'entente des parties mais de la loi :

L'arbitre de griefs n'origine pas de la bonne volonté des parties à une convention collective, bien que les dispositions de l'article 88 du Code du travail [aujourd'hui l'article 100] permettent à cette « bonne volonté » des parties à un litige, à un grief, de se manifester en ce qui a trait à la composition de ce tribunal arbitral des griefs, ainsi qu'aux modalités d'exercice de cette compétence arbitrale<sup>129</sup>.

Il faut se remettre dans l'esprit des années soixante pour comprendre que les parties ont pris un certain temps avant de mesurer l'impact de cette conséquence juridique. Comme le relève Denis Ferland, la liberté de choix de l'arbitre et de la procédure préalable a pu

<sup>128</sup> F. Morin, R. Blouin, *op.cit., supra*, note 10, p. 227 : « Il ne s'agit pas d'un mode privé d'administration de la justice à l'exemple de la convention d'arbitrage prévue au *Code civil du Québec*. ».

<sup>129</sup> D. Ferland, *loc. cit., supra*, note 99, pp. 78-79. Voir aussi F. Morin, R. Blouin, *op.cit., supra*, note 10, pp. 219-221.



laisser croire que l'arbitre était toujours un tribunal consensuel<sup>130</sup>. À l'instar de la déclaration par la Cour suprême de certains concepts fondamentaux en droit du travail, il a fallu des arrêts du plus haut tribunal pour confirmer l'exclusivité de la compétence de l'arbitre par rapport à celle des tribunaux civils lorsqu'il est question de la convention collective<sup>131</sup>.

Ainsi, dans l'affaire *General Motors of Canada Ltd c. Brunet*<sup>132</sup>, il était question de la compétence résiduelle du tribunal civil. Dans ce dossier, un salarié accidenté du travail et souffrant d'une incapacité partielle, demandait une assignation à un autre poste, selon la convention collective. L'employeur a refusé et le syndicat n'a pas porté le grief à l'arbitrage. Le salarié a donc demandé réparation en Cour supérieure qui s'est déclarée compétente à entendre l'action. Cette décision fut approuvée en Cour d'appel.

La Cour suprême, invoquant notamment l'arrêt *Paquet*<sup>133</sup>, a accueilli l'appel et décidé que seul l'arbitre avait compétence puisque les droits que le demandeur voulait faire valoir découlaient exclusivement de la convention :

Si au lieu de dire que ces droits ne peuvent être réclamés que par la procédure de grief prévue à la convention, on admet que tout employé dont le Syndicat décide de laisser tomber le grief peut se pourvoir devant les tribunaux, la nature du contrat se trouve radicalement modifiée : c'est la Cour qui décide en dernier ressort au lieu de l'arbitre convenu. Cela est d'autant plus grave que les droits réclamés ne sont pas ceux auxquels un salarié peut prétendre en vertu des dispositions ordinaires de la loi<sup>134</sup>.

Cette exclusivité du recours fut précisée par les décisions subséquentes, notamment dans *St-Anne Nackawic Pulp and Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 219*,<sup>135</sup>. Dans cet arrêt, la Cour suprême a reconnu la compétence de l'arbitre d'accorder réparation à un employeur qui réclamait des dommages en raison

<sup>130</sup> Il est de coutume, encore aujourd'hui, de débiter des arbitrages par des admissions communes selon lesquelles la procédure de grief a été suivie et que l'arbitre a compétence ce qui est inutile, dans le fond, en l'absence de contestations précises.

<sup>131</sup> Mentionnons qu'il s'agit de décisions qui traitent tant du *Code du travail* québécois que de lois d'autres provinces. Cependant, dans ce cas, ces lois contiennent toutes des dispositions concernant le recours obligatoire à l'arbitrage pour résoudre les griefs. Les décisions de la Cour suprême trouvent donc application en ce qui nous concerne.

<sup>132</sup> [1977] 2 R.C.S. 537.

<sup>133</sup> [1959] R.C.S. 206. Voir *supra*, note 76.

<sup>134</sup> Arrêt *General Motors of Canada Ltd*, p. 549.

<sup>135</sup> [1986] 1 R.C.S. 704.

d'une grève illégale en violation de la convention collective, de préférence au recours devant le tribunal de droit commun.

L'arrêt *Weber c. Ontario Hydro*<sup>136</sup>, a confirmé l'exclusivité de la compétence de l'arbitre de griefs. En l'occurrence, il s'agissait d'un employé qui avait fait l'objet de filature illégale par l'employeur et qui réclamait des dommages en vertu de la *Charte canadienne des droits*, ses griefs ayant été réglés. Le tribunal de première instance avait accueilli la requête en irrecevabilité de l'employeur, jugement qui avait été renversé en appel. La Cour suprême a rétabli le jugement de première instance et a déclaré que l'arbitre avait compétence sur tous les aspects du litige en adoptant un test en deux étapes :

Dans un premier temps, on détermine la nature du litige, d'après son essence. La deuxième étape de l'exercice consiste à vérifier l'existence d'un lien de rattachement du litige à la convention collective.<sup>137</sup>

Cette compétence clairement affirmée de l'arbitre de griefs a été renforcée d'une autre manière par les interventions de la Cour suprême pour restreindre l'exercice du contrôle judiciaire sur les arbitres. Par exemple, dans l'affaire *Blanchard c. Control Data Ltée*, la Cour réitère le principe de la réserve judiciaire :

La Cour n'interviendra que si elle est satisfaite que l'arbitre a rendu une sentence déraisonnable. C'est une conclusion à laquelle les tribunaux ne devraient arriver qu'en se rappelant que l'arbitre est éminemment mieux placé pour juger de l'impact de la décision. En effet, faut-il encore le rappeler, les tribunaux administratifs répondent au besoin d'apporter des solutions à des conflits qui se prêtent mieux à un procédé décisionnel autre que celui qu'offrent les tribunaux judiciaires. Souvent, aussi le « juge » administratif est mieux formé et mieux renseigné sur le milieu où s'exerce sa compétence, et a accès à des renseignements qui ne se retrouvent pas, plus souvent qu'autrement, au dossier soumis à la cour<sup>138</sup>.

Selon l'arrêt *Control Data*, dès lors que l'arbitre est au cœur de sa compétence, le tribunal de révision ne pourra intervenir que si la décision est manifestement déraisonnable.

<sup>136</sup> [1995] 2 R.C.S. 929.

<sup>137</sup> Voir R.P. Gagnon, *op.cit. supra*, note 42, p.578, par. 688.

<sup>138</sup> [1984] 2 R.C.S. 476, à la page 499. Dans son commentaire, Fernand Morin note que la Cour suprême se trouve ainsi à contredire clairement la position majoritaire de la Cour d'appel du Québec (F. Morin, *op.cit.*, *supra* note 76, p. 597)



La question de la révision judiciaire a fait couler beaucoup d'encre puisqu'à plusieurs reprises, les parties, surtout les employeurs, ont contesté des sentences arbitrales jugées trop interventionnistes. Certains dossiers ont été portés en appel jusqu'en Cour suprême qui, dans un effort pédagogique, a nuancé l'application des normes d'intervention : décision correcte, décision raisonnable *simpliciter* et décision manifestement déraisonnable.

Dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, la Cour a voulu simplifier son approche. Toutefois, en écartant la norme du manifestement déraisonnable pour la norme de la décision raisonnable<sup>139</sup>, certains craignent une recrudescence des interventions de la Cour supérieure<sup>140</sup>. L'avenir dira si cela est le cas.

Cependant, pour l'objet de notre étude, il faut retenir des deux axes de la jurisprudence de la Cour suprême, décisions sur la portée de la compétence arbitrale et décisions portant sur la révision judiciaire, qu'avec le temps, elle a confirmé la place essentielle de l'arbitrage de griefs comme tribunal pour les griefs en exclusion des autres tribunaux. Cette place de l'arbitre de griefs a pris une ampleur considérable, insoupçonnée dans les années soixante.

#### a) L'arbitrage de griefs est un conflit de droit

Une première conséquence du statut de tribunal quasi judiciaire de l'arbitre est que l'on considère l'arbitrage de grief comme étant un conflit de droit basé sur le texte de la convention collective : « Dans les conflits de droit, celui qui décide, l'arbitre ou le juge,

<sup>139</sup> [2008] 1 R.C.S. 190 : «[47] La cour de révision se demande dès lors si la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonnable. Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. ».

<sup>140</sup> Voir Diane Sabourin, « L'arrêt *Dunsmuir* et ses suites en matière de révision judiciaire des sentences arbitrales rendues par des arbitres de griefs », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail 2009*, volume 310, Cowansville, Yvon Blais, 2009, 1-39.

dit le droit, applique au différend des règles juridiques préexistantes ». <sup>141</sup>. En termes d'intervention sur le contenu, l'arbitre de griefs n'a pas nécessairement une grande liberté :

Comme tout tribunal judiciaire, il doit impérieusement s'en tenir à reconnaître l'existence des droits et obligations des parties et en circonscrire leur limite et leur portée conformément aux sources qui l'autorisent à juger. La finalité même du régime de l'arbitrage de griefs lui impose le respect des sources habilitantes et il ne peut les ignorer. L'arbitre de grief ne peut dès lors rendre qu'une décision judiciaire <sup>142</sup>.

En 1964, certaines questions demeuraient en suspens comme, par exemple, la coexistence du tribunal d'arbitrage et du tribunal civil, l'étendue du champ d'action de l'arbitre, le rôle du syndicat par rapport à celui du salarié, etc. <sup>143</sup> En particulier se posait la question du rôle de l'équité.

L'équité en termes de sentiment ou de tournure d'esprit s'oppose aux règles juridiques <sup>144</sup>. Par contre, en tant que fonction, l'équité serait complémentaire au droit : « Elle n'affaiblit pas la règle, mais la renforce en l'adaptant à des situations où le droit positif n'apporte pas de solution satisfaisante. Puisant dans l'esprit de la loi, elle cherche à améliorer l'application de la norme <sup>145</sup> ». Dans les interventions au congrès des relations industrielles de 1961 portant sur les tribunaux du travail, on remarque justement que l'absence de la fonction d'équité constitue un des principaux reproches à la justice dite traditionnelle.

Sous cet aspect, la décision en « équité et bonne conscience » était une caractéristique des décisions arbitrales consensuelles :

<sup>141</sup> Marie-Louis Beaulieu, « Nature et sources des conflits de droit individuels ou collectifs », dans *Le règlement des conflits de droit*, IXe Congrès des relations industrielles de la Faculté des sciences sociales de l'Université Laval, Québec, Presses de l'Université Laval, 1954, 13, p. 23. Voir aussi R. Auclair, *loc.cit.*, *supra* note 100, p. 155 : « Par ailleurs, un grief au sens actuel du Code est strictement un conflit de droit ».

<sup>142</sup> F. Morin, R. Blouin, *op.cit.*, *supra*, note 10, pp. 222.

<sup>143</sup> Voir les interrogations de Robert Auclair, *loc.cit.*, *supra*, note 100, pp. 166-167.

<sup>144</sup> « Sans pour autant demeurer insensible à la situation des justiciables impliqués dans un litige dont il doit disposer, le tribunal ne peut utiliser des considérations affectives ou intuitives pour disposer du litige. Même lorsque la loi accorde une discrétion au tribunal, celle-ci doit être exercée en fonction de considérations juridiques. » Luc Huppé, *Le régime juridique du pouvoir judiciaire*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, p.137.

<sup>145</sup> Comité sur l'équité et la raisonnable (Protectrice du citoyen), *L'intervention en équité*, Protecteur du citoyen, mars 2004, p.19.



En effet, jusqu'en 1961 et même pendant quelques années par la suite, les conseils d'arbitrage concevaient l'équité comme une démarche les obligeant à s'informer des us et coutumes et des conditions de travail en vigueur dans les entreprises présentant un certain nombre de caractéristiques comparables à celle impliquée dans le conflit à résoudre. L'équité référait en quelque sorte les conseils à un contentieux objectif. Par ailleurs, la bonne conscience, démarche plus subjective, les autorisait à discriminer les normes équitables en fonction des caractéristiques plus particulières et plus spécifiques au conflit à régler. Cette approche «équité et bonne conscience» était retenue non seulement pour créer des règles conventionnelles mais aussi pour compléter les règles négociées mais devenues non conformes aux normes dorénavant généralement appliquées dans le milieu de travail concerné. Elle explique et fonde l'apparition et l'élaboration d'un droit disciplinaire exorbitant du droit commun régissant les rapports d'autorité dans l'entreprise<sup>146</sup>.

L'adoption de l'arbitrage obligatoire a sonné le glas de cette approche pour ce qui est des griefs. Comme l'explique Rodrigue Blouin, cela était possible lorsque les sentences des conseils d'arbitrage n'étaient pas exécutoires. En conséquence, les parties conservaient toujours la possibilité d'exercer des moyens de pression par la suite. Le choix devait donc se faire entre une solution acceptable et l'exercice d'un moyen de pression économique pour régler le grief<sup>147</sup>.

#### b) L'application des règles de justice naturelle

Une deuxième conséquence du statut de tribunal de l'arbitre de griefs est qu'il doit décider selon les règles du processus quasi judiciaire<sup>148</sup>. Même si l'arbitre n'est pas obligé de suivre nécessairement toutes les règles du débat judiciaire, il doit cependant respecter les règles de justice naturelle, c'est-à-dire la règle *audi alteram partem* et la règle *nemo iudex in sua causa* :

<sup>146</sup> R. Blouin, *loc.cit.*, *supra* note 9, pp.31-32. On sait que dans l'arbitrage de différend, l'arbitre a justement cette faculté d'adapter sa décision au milieu en s'inspirant, notamment, de ce qui se passe dans les entreprises similaires.

<sup>147</sup> *Ibid*, p.30.

<sup>148</sup> F. Morin, R. Blouin, *op.cit.*, *supra*, note 10, p.223.

La première signifie que l'administré dont les droits sont affectés a droit de se faire entendre pour faire valoir ses moyens ou sa défense ou son point de vue; la seconde signifie que l'administré a droit d'être traité avec impartialité et sans préjugé<sup>149</sup>.

En 1964, il n'y avait que quelques articles dans le *Code* pour régir l'arbitrage, ce qui, en principe, laissait une grande liberté aux parties pour organiser leur tribunal. Quelques facteurs ont joué en faveur d'un processus ressemblant beaucoup au processus judiciaire. Dans de nombreux cas, les employeurs étaient représentés par des avocats et les arbitres étaient souvent des juges<sup>150</sup>. Dans ce dernier cas, il faut se rappeler qu'il y avait une lacune criante de juristes dans ce domaine de droit nouveau. Il n'apparaît donc pas surprenant que, par déformation professionnelle, on ait importé des concepts connus de procédure et de preuve.

Par ailleurs, le système d'arbitrage, en devenant le moyen privilégié de règlement des litiges de la convention collective, s'est lui-même développé en relation avec les progrès de la syndicalisation dans les années soixante. Ce faisant, les règles d'application sont devenues plus familières et plus uniformes<sup>151</sup>. Le Ministère du Travail a mis sur pied des recueils de publication des sentences arbitrales créant ainsi une jurisprudence en la matière<sup>152</sup>. Autrement dit, le droit du travail qui n'était qu'en gestation en 1964 s'est développé de façon autonome avec ses propres règles de preuve et de procédure.

#### 2.3.4 Facteur extrinsèque : l'évolution du contenu juridique

En observant l'évolution sociale depuis bientôt cinquante ans, on ne peut que constater que de grands changements socio-économiques ont complexifié grandement la matière de l'arbitrage.

<sup>149</sup> Patrice Garant, *Droit administratif*, 6<sup>e</sup> édition, Cowansville, Yvon Blais, 2010, p. 581.

<sup>150</sup> En 1969, le législateur est intervenu pour restreindre sensiblement l'accès aux juges de la Cour provinciale à la fonction d'arbitre : voir F. Morin, R. Blouin, *op.cit.*, *supra*, note 10, p.26.

<sup>151</sup> J. Dupont, *loc.cit.*, *supra*, note 11, p.182.

<sup>152</sup> *Ibid.*, p.183.



En premier lieu, la notion même de grief a connu une expansion reliée à l'ajout, par les parties, au contenu de la convention collective<sup>153</sup>. Alors que dans les années soixante et soixante-dix, il était relativement facile d'identifier ce qui constituait un grief, la situation s'est complexifiée grandement avec le temps, compte tenu de l'agrandissement du champ implicite du contenu de la convention :

Nous pouvons dire qu'il y a grief, au sens et en vertu de l'article 100 C.t., lorsque la mécontente porte sur le sens, la nature, la portée ou l'étendue à donner à une disposition de la convention collective ou à un acte qui en tient lieu, ou qui est de même nature ou encore, si elle porte sur la façon de respecter ou d'exécuter une disposition de la convention collective qui a force entre les parties ou dans un acte complémentaire de la convention collective<sup>154</sup>.

La jurisprudence de la Cour suprême affirme que l'arbitre de griefs a compétence sur tout litige qui, dans son essence, relève de l'interprétation, de l'application, de l'administration ou de l'inexécution de la convention collective. Dans *Regina Police Association inc. c. Regina (Ville) Board of Commissioners*, la Cour déclare<sup>155</sup> :

[25] Après en avoir examiné le contexte factuel, l'instance décisionnelle doit tout simplement déterminer si l'essence du litige concerne une matière visée par la convention collective. Après avoir établi l'essence du litige, l'instance décisionnelle doit examiner les dispositions de la convention collective afin de déterminer si elle prévoit des situations factuelles de ce genre. Il est clair qu'il n'est pas nécessaire que la convention collective prévoie l'objet du litige de façon explicite. Si l'essence du litige découle expressément ou implicitement de l'interprétation, de l'application, de l'administration ou de l'inexécution de la convention collective, l'arbitre a compétence exclusive pour statuer sur le litige.

On comprend facilement que l'ampleur d'une telle définition puisse rendre difficile la détermination exacte de la nature du litige dans certains cas. Un exemple tiré de la jurisprudence arbitrale se retrouve à l'affaire *Syndicat des travailleuses et travailleurs d'ABB inc. (CSN) c. ABB inc.*<sup>156</sup>. L'arbitre Gilles Desnoyers rejette un grief portant sur le sort des sommes d'argent provenant de la démutualisation de la compagnie d'assurance qui fournissait l'assurance collective ayant été négociée. En l'espèce, l'arbitre Desnoyers

<sup>153</sup> *Supra* notes 78 et 79.

<sup>154</sup> Morin, Brière, Roux, Villagi, *op.cit. supra*, note 28, pp.1301-1302.

<sup>155</sup> [2000] 1 R.C.S. 360, Appuyé par *Allen c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 128.

<sup>156</sup> D.T.E. 2004T-525.

conclut que la clause de la convention ne prévoyait que le droit à une assurance collective, sans incorporer la police et toutes ses conditions à la convention<sup>157</sup>.

En deuxième lieu, différentes décisions ou interventions législatives ont ajouté un contenu obligatoire aux conventions : *Chartes des droits*, normes minimales du travail, santé et sécurité au travail, équité salariale, etc.

Cela se fait explicitement comme dans le cas des dispositions sur le harcèlement psychologique de la LNT :

Les dispositions des articles 81.18, 81.19, 123.7, 123.15 et 123.16 sont réputées faire partie intégrante de toute convention collective, compte tenu des adaptations nécessaires. Un salarié visé par une telle convention doit exercer les recours qui y sont prévus, dans la mesure où un tel recours existe à son égard. [...] <sup>158</sup>.

Cela peut se faire implicitement. Dans l'arrêt de la Cour suprême dans *Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*<sup>159</sup>, la Cour a déterminé que les «droits et obligations substantiels prévus par les lois sur l'emploi sont contenus implicitement dans chaque convention collective [...]». Dans la foulée de cet arrêt, un débat jurisprudentiel s'est développé sur l'application de l'article 124 de la LNT, c'est-à-dire le recours offert au salarié non syndiqué de contester son congédiement après deux années de service continu. Il arrive dans certaines situations qu'une convention collective nie le droit de grief à certaines catégories de salariés en cas de perte d'emploi.

La question était donc de savoir si cette norme était implicitement incorporée dans la convention donnant ainsi compétence à l'arbitre de grief ou si la question relevait plutôt de la compétence de la Commission des relations du travail. Cette question a divisé arbitres et juges de la Cour supérieure. Dans un jugement très serré (cinq contre

<sup>157</sup> Cette sentence arbitrale a été maintenue en Cour supérieure (D.T.E. 2005T-660) et en Cour d'appel (D.T.E. 2007T-148).

<sup>158</sup> L.R.Q., c. N-1.1, à l'article 81.20. On peut noter que dans une sentence, l'arbitre Denis Tremblay a décliné compétence devant la Commission des relations du travail parce que la convention ne contenait pas de recours à cet égard (*Syndicat de l'enseignement des Vieilles-Forges c. Commission scolaire du Chemin du-Roy (Kim Blackburn)*, D.T.E. 2010T-588).

<sup>159</sup> [2003] 2 R.C.S. 157.



quatre)<sup>160</sup>, la Cour suprême, tout en réfutant la thèse de l'incorporation implicite que l'on soutenait depuis l'affaire *Parry Sound*, a plutôt placé la question sous l'angle de la hiérarchie des sources de droit, en l'occurrence la présence d'une loi d'ordre public<sup>161</sup>.

D'où la suggestion d'une analyse en deux étapes :

Dans un premier temps, l'arbitre de griefs doit analyser le contenu de la convention collective à la lumière de la norme d'ordre public contenue à l'article 124 L.n.t. Une disposition d'une convention collective qui serait contraire à cette norme parce qu'elle priverait un salarié justifiant de plus de deux ans de service continu de contester son congédiement fait sans cause juste et suffisante serait nulle de nullité absolue. Le contenu de la convention collective s'en verrait donc modifié.

Dans un second temps, à la lumière du contenu modifié de la convention collective, l'arbitre de griefs doit vérifier si cette convention accorde par ailleurs des droits et recours équivalant à ceux dont bénéficierait un salarié qui déposerait une plainte en vertu de l'article 124 L.n.t. Dans la mesure où il possède des pouvoirs de réparations équivalant à ceux de la CRT, l'arbitre de griefs aurait compétence pour entendre et trancher le litige. Dans le cas contraire, il devrait se dessaisir du litige en faveur de la CRT.<sup>162</sup>

Même le *Code civil du Québec* a fait un retour dans l'arène des relations de travail, lors de son adoption en 1994. En effet, sa disposition préliminaire édicte :

[...] Le Code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger.

Cela a relancé le vieux débat de la survie du contrat de droit civil en présence de la convention collective<sup>163</sup>. Certains plaideurs ont invoqué avec succès le *Code civil* de manière supplétive alors que la doctrine en droit du travail niait la survie même du contrat individuel en présence d'une convention collective<sup>164</sup>. Est-on allé trop loin ? La décision de la Cour suprême dans *Isidore Garon ltée c. Tremblay*,<sup>165</sup> est venue susciter de

<sup>160</sup> *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2010 CSC 28, [2010] 2 R.C.S. 61.

<sup>161</sup> Article 93 de la LNT.

<sup>162</sup> Sophie Cloutier, « L'article 124 L.n.t. en milieu syndiqué : l'affaire SFPQ et ses suites », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail 2011*, Cowansville, Yvon Blais, 2011, 155, p. 167. Voir aussi les commentaires de Fernand Morin, « D'un pas sage vers « l'inclusion », *Bulletin de la conférence des arbitres du Québec*, vol.36, no1, décembre 2010, 7-25.

<sup>163</sup> Pour un exposé du débat, voir G.Hébert, R. Bourque et autres, *op.cit.,supra*, note 78, pp. 33-35.

<sup>164</sup> R.P. Gagnon, L. LeBel, P.Verge, *supra*, note 14, pp. 541-545.

<sup>165</sup> [2006] 1 R.C.S. 27.

nombreuses interrogations en affirmant la suspension du contrat individuel de travail pendant la durée de la convention et en déclarant que seules les dispositions législatives compatibles avec le régime des rapports collectifs du travail, sauf celles d'ordre public strict, s'imposeraient<sup>166</sup>.

Ces quelques exemples de débats jurisprudentiels récents démontrent que le contenu de la convention collective se complexifie que ce soit à l'étape de la négociation ou à l'étape de l'arbitrage. Le rôle de l'arbitre s'en trouve peut-être enrichi, mais ses décisions deviennent lourdes de conséquences.

---

<sup>166</sup> Cet arrêt est commenté par plusieurs auteurs considérant les impacts pratiques dans l'exercice de la compétence des arbitres. Voir par exemple Diane Sabourin, «Quoi de neuf chez les arbitres de griefs ? Obligation d'accommodement, harcèlement psychologique et application de l'arrêt Isidore Garon», dans Service de formation permanente du Barreau du Québec, *Développement récents en droit du travail 2007*, vol.267, Cowansville, Yvon Blais, 2007, 135, pp. 158-164, (2007) 5 *Revue de prévention et de règlement des différends*, 33-64.



## CONCLUSION DU TITRE II

Afin d'évaluer notre régime de rapports collectifs, il faut comparer la situation présente avec celle prévalant en 1964, lors de l'adoption du *Code*.

En 1964, le droit du travail au Québec, en particulier le droit des rapports collectifs, n'était qu'à ses débuts. Comme nous l'avons vu, les critiques des spécialistes portaient sur l'omniprésence des concepts du droit civil, concepts mal adaptés aux réalités du monde du travail<sup>167</sup>. Essentiellement, en codifiant les diverses lois ponctuelles adoptées lors des années, le législateur voulait la création d'un système permettant un déroulement ordonné des relations de travail en milieu syndiqué.

La réalité de 2012 permet d'affirmer que cet objectif global a été atteint. Un système fonctionnel de rapports collectifs existe qui pourvoit à l'accréditation des associations de salariés, à la protection des activités syndicales, à l'encadrement des négociations et à la mise en place d'un régime de solution des mécontentes. Ce système n'est sans doute pas parfait, ni n'empêche les conflits de travail, mais l'ordre a été instauré par l'adoption de différentes règles qui déterminent la marge de manœuvre des parties. Surtout, le recours illégal à la force a pour ainsi dire disparu.

Il existe maintenant un droit du travail avec ses règles propres, sa jurisprudence, sa doctrine et un grand nombre de décideurs expérimentés. Cette matière est enseignée dans les universités et de nombreux juristes et diplômés en relations industrielles peuvent en faire une carrière.

L'étude de l'arbitrage dans nos rapports collectifs fournit une occasion unique de voir l'évolution parallèle d'un régime volontaire et d'un régime obligatoire.

---

<sup>167</sup> Par exemple, les dispositions du *Code* permettaient d'ordonner la réintégration d'un salarié congédié pour activités syndicales, ce qui était jugé impossible en vertu du droit civil (*Dupré Quarries Ltd c. Dupré*, [1934] R.C.S. 528).

## **Le régime volontaire**

En ce qui concerne le différend, le législateur n'a pas voulu déroger au régime général qui met l'accent sur la négociation des conditions de travail par les parties : c'est pourquoi l'arbitrage de différend est un processus volontaire car il n'est qu'une option supplémentaire en substitution à l'exercice de moyens de pression. Le faible taux d'utilisation de ce type d'arbitrage indique bien que, lorsqu'elles ont le choix, les parties ne veulent pas laisser à un tiers l'autorité de déterminer le contenu de leur convention collective. Cette conclusion se vérifie dans les exceptions au régime d'arbitrage de différend.

D'une part, le législateur a créé ces systèmes dérogatoires pour un petit nombre de cas et ce, pour des motifs précis : leçons historiques des conflits dans le cas d'une première convention, impossibilité d'exercer les moyens de pression par les policiers et les pompiers pour des raisons de sécurité publique.

D'autre part, la procédure particularisée dans chacun des cas donne encore l'occasion aux parties de régler elles-mêmes leur mésentente. Dans le cas d'une première convention collective, l'arbitre désigné est d'abord médiateur afin de permettre d'éliminer ou, à tout le moins, de réduire le plus possible les éléments du différend. Ce n'est que lorsqu'il est convaincu que les parties ne pourront négocier une convention dans un délai raisonnable qu'il décidera de déterminer le contenu. Pour les policiers et pompiers, la médiation, qu'elle soit préalable ou dans le cadre d'une médiation-arbitrage, est offerte comme outil afin de permettre autant que possible aux parties de régler elles-mêmes leur négociation.

Notons que l'arbitrage de différends demeure rare même dans ces derniers cas. C'est que le régime de négociation fonctionne bien en raison de son encadrement légal.



## **Le régime obligatoire**

En rendant l'arbitrage des griefs obligatoire, le législateur a octroyé une sécurité juridique nécessaire au mouvement syndical en contrepartie de l'abandon du recours aux moyens de pression en tout temps. À cet égard, la thèse du présent essai est que la « judiciarisation » de l'arbitrage était jusqu'à un certain point inévitable en raison de la conséquence juridique du choix législatif.

C'est que, sous l'apparence d'une privatisation complète, le législateur a créé un nouveau tribunal. Dès lors, comme tout organisme ayant une compétence qui affecte des droits, l'arbitre doit suivre un minimum de règles, celles de la justice naturelle, et il doit baser ses décisions sur des considérations juridiques. C'est ce que nous avons appelé le facteur intrinsèque au processus adopté par le législateur.

En soi, ce facteur intrinsèque est propice au développement de diverses règles de fonctionnement et à la recherche d'appuis juridiques pour les décisions. Cette tendance naturelle vers une complexification a été accentuée par le contexte. Contrairement à un nouvel organisme créé par l'État qui dispose d'un budget et d'une infrastructure, notre système d'arbitrage de griefs fait appel à des décideurs choisis par les parties. Au départ, il n'y a donc pas une présomption d'unité dans les décisions. Par conséquent, il fallait s'attendre à ce que les parties et, surtout, les employeurs qui avaient le plus à perdre, recherchent des éléments de sécurité. Ces éléments résident dans l'élaboration de règles qui permettent de se situer dans ce qu'il est possible de faire et de ne pas faire.

Ajoutons qu'à l'époque, il y avait peu de spécialistes. On a donc eu recours à des anciens juges qui ont eu tendance à utiliser les règles déjà connues de preuve et de procédure. Il en va de même avec l'utilisation des précédents jurisprudentiels qui contribue à la sécurité des parties.

L'instauration d'un nouveau tribunal administratif comme l'arbitrage de griefs risque bien entendu d'entraîner des conflits de compétence avec d'autres tribunaux. Au fur et à mesure où la jurisprudence de la Cour suprême confirmait et augmentait la compétence exclusive de l'arbitre<sup>168</sup>, le débat devant ce dernier prenait de l'ampleur en raison de la croissance de l'enjeu. Il n'est donc pas surprenant que le processus s'alourdisse.

Il y a lieu de croire que ce que l'arbitre Dupont observait en 1979 constituait les difficultés de croissance de ce nouveau régime. Les propos qu'il tenait sont d'ailleurs éclairants lorsqu'il fait référence au passé proche où l'arbitrage était « assez rapide et efficace ...et assez compréhensible ». Or, c'est dans les années soixante-dix que les parties, et encore une fois les employeurs, ont réalisé la nouveauté des concepts du droit du travail et les effets concrets en résultant<sup>169</sup>. D'ailleurs, en 1977, le législateur a amendé le *Code* pour ajouter des dispositions de clarification<sup>170</sup>, dont l'article 100.11 selon lequel l'arbitre doit rendre sa sentence en se basant sur la preuve faite à l'enquête.

Un facteur extrinsèque comme tel au processus a considérablement augmenté la complexification de l'arbitrage de griefs. D'une part, les conventions collectives ont perdu leur simplicité avec l'ajout de textes de référence (police d'assurance, régime de retraite, etc.) résultant de l'avancement des conditions sociales. D'autre part, le législateur a édicté diverses lois qui ajoutent aussi au contenu et qui ont une grande influence sur les décisions que les arbitres ont à rendre.

Il a été fait état de certains débats jurisprudentiels (arrêts *Isidore Garon, S.F.P.Q. c. Québec (Procureur général)*, etc.) qui sont autant d'exemples de l'impact de ce facteur extrinsèque. Au-delà de l'opinion en droit que l'on peut porter sur ces récentes décisions

<sup>168</sup> On se rappellera qu'à maintes reprises, les arrêts de la Cour contredisaient carrément les positions prises par les tribunaux de droit commun des provinces.

<sup>169</sup> Encore au début des années quatre-vingts, les employeurs contestaient les sentences arbitrales défavorables pour le motif que l'arbitre avait usurpé le droit de direction.

<sup>170</sup> « ...le législateur voulut établir certaines normes relatives à la qualité de l'arbitre et à son statut, expliquer et élargir le domaine arbitral, préciser le rôle et les pouvoirs de l'arbitre au cours de l'enquête, conférer à l'arbitre plus d'autorité et des moyens plus efficaces pour atteindre l'objectif de l'arbitrage, préciser le rôle des parties et du salarié au cours du processus d'arbitrage et enfin donner une valeur juridique accrue à la sentence arbitrale » (F.Morin, R. Blouin, *op.cit.supra*, note 10, p. 26).



de la Cour suprême, il est évident que la multiplication des critères d'analyse rend le rôle de l'arbitre encore plus complexe : application de tests par rapport aux *Chartes des droits*, évaluation des pouvoirs de l'arbitre en regard d'autres organismes à compétence concurrente, évaluation de la compatibilité de normes civiles par rapport au contenu de la convention, etc.

L'arbitrage de différends occupe une place mineure dans notre droit du travail en raison de son utilisation restreinte. Il y a peu de jurisprudence et, sauf pour les cas d'exceptions, il présente relativement peu de difficultés juridiques.

Il en va autrement de l'arbitrage de griefs qui est un authentique tribunal. Les propos de Fernand Morin sur la difficile réserve des tribunaux de contrôle à l'égard des tribunaux spécialisés sont éclairants. Les tribunaux judiciaires ont vite compris que le législateur venait de leur enlever une partie de leur compétence :

Dès que le législateur partage la compétence juridictionnelle pour en confier des parties à différentes instances spécialisées et localisées « hors palais », la question du tracé de cette répartition, celle du contenu même de ce champ restreint et celle de la qualité de l'exercice de cette compétence spécialisée sont généralement soulevées. Les tribunaux spécialisés en droit du travail reconnaissent bien la nécessité d'un contrôle judiciaire de manière à assurer le justiciable qu'ils n'usurpent pas, même par inadvertance, une compétence qui n'est pas la leur et qu'ils s'en tiennent au réel respect des principes fondamentaux. Au-delà de cette vue générale, il existe une rivalité certaine entre ces organes spécialisés et les tribunaux de contrôle. Elle serait si présente et parfois si vive que le juge Estey, de la Cour suprême du Canada, la constatait sans ambages : « Pendant de nombreuses années, il y a eu une rivalité à peine déguisée entre les cours traditionnelles et les tribunaux établis en vertu de lois... »

Aux fins de cet exposé, il ne convient pas d'analyser les causes profondes de cette rivalité; il peut suffire de tenir compte des implications d'une pareille situation. Si les tribunaux de contrôle touchent « le fond », à ces occasions, s'ils interviennent volontiers dès qu'une partie le leur demande, la raison d'être sinon l'efficacité des tribunaux spécialisés pourraient en être affectées. Par l'institution de ces tribunaux spécialisés, ne recherche-t-on pas une intervention judiciaire plus directe, plus compétente et, peut-être, plus efficace ? [...] <sup>171</sup>

<sup>171</sup> F. Morin, *op.cit.*, *supra*, note 76, pp. 828-829.

Il faut donc écarter l'impression que l'arbitrage de griefs est un processus entièrement consensuel. En réalisant sa véritable nature de tribunal, les difficultés que vit l'arbitrage de griefs apparaissent être les mêmes que celles du système judiciaire dit traditionnel. Certes, la procédure peut être plus souple que celle du C.p.c., les délais un peu plus courts, mais fondamentalement les problèmes d'accessibilité, le lentement, de complexité et, inévitablement, de coûts sont similaires. À l'instar du système judiciaire et peut-être même avec un peu de retard, on se tourne vers la médiation.



## TITRE III LA MÉDIATION EN ARBITRAGE DE GRIEFS

### 3.1 DÉFINITION

Nous avons vu que, malgré l'utilisation des concepts de conciliation et de médiation dans le *Code*, le législateur ne les a pas définis formellement. Ceci est malheureux puisque la doctrine récente en droit du travail ne voit plus vraiment de différences entre les deux concepts, sauf le moment où l'intervention se situe<sup>172</sup>. Une importante difficulté en ce qui concerne une étude juridique du phénomène du med-arb provient justement des difficultés à cerner le processus de médiation en l'absence de paramètres dans le *Code*.

Dans les différentes lois, le législateur s'attache à l'objectif du processus, aider les parties à parvenir à une entente, au détriment d'une description des éléments constitutifs<sup>173</sup>. Le développement de la doctrine en PRD dans les récentes années permet de rendre compte des différentes techniques possibles, mais, dans la pratique, il n'y a pas de formule consacrée. Chaque résultat étant unique, il n'y a pas de jurisprudence pour fournir des précédents.

Par opposition le processus de l'arbitrage est connu et détaillé par des années de pratique. En tant que tribunal quasi judiciaire, le modèle contradictoire s'est imposé : preuve par les parties avec contre-interrogatoire des témoins, décision basée sur le fardeau de preuve et ainsi de suite. De nombreuses décisions touchent notamment des points de preuve et de procédure<sup>174</sup>. Bref, ce dernier processus est très encadré et un débutant peut s'y retrouver facilement.

---

<sup>172</sup> *Supra*, note 75.

<sup>173</sup> On peut remarquer qu'il n'y a pas non plus de définition ou de précisions au sujet de la négociation dans le *Code*, le législateur mettant l'accent sur l'objectif, la convention collective.

<sup>174</sup> Par exemple, une question aussi précise que celle de savoir si un plaignant peut être contraint par l'employeur de témoigner en premier dans un grief disciplinaire (*Union des employés de service, local 800 c. Récupère-sol inc.*, D.T.E. 2004T-109).

Cela dit, il convient, aux fins de notre étude, d'adopter une définition large de la composante «médiation» afin de couvrir l'ensemble des différentes techniques possibles. Il s'agira donc du processus tel que l'on conçoit généralement dans la doctrine de PRD :

Le processus de médiation qui est, à la base, fort simple, débute par une séance au cours de laquelle les parties échangent leurs positions et leurs arguments pour ensuite tenter de trouver ensemble des solutions au conflit, le tout avec l'assistance d'un tiers impartial. La médiation agit donc en deux temps : premièrement, les parties échangent leurs points de vue dans le cadre de ce qu'on peut appeler une phase de rapprochement et, deuxièmement, elles recherchent ensemble un règlement par l'entremise d'une négociation assistée qu'on désigne comme la phase de résolution. Dans la plupart des méthodes [de règlement amiable], on retrouve cette même composition bipartite.<sup>175</sup>

Citons une autre définition qui insiste davantage sur le rôle du médiateur :

La médiation est un processus confidentiel de résolution des conflits dans lesquels un tiers neutre et indépendant – le médiateur – facilite, structure et coordonne les négociations des parties en litige (et de leurs avocats respectifs), en vue d'aboutir à une solution amiable<sup>176</sup>.

Il ne s'agit pas ici d'étudier les différentes techniques de négociation assistée qui peuvent être utilisées en médiation, ni de suggérer lesquelles seraient les plus efficaces en matière de grief. Nous aborderons plutôt, dans l'étude du med-arb, une comparaison globale des deux processus et les problèmes soulevés sur le plan juridique par l'utilisation de certaines techniques admises en médiation comme les rencontres en privé ou l'expression d'opinions par le médiateur.

Auparavant, il y a lieu de se pencher sur l'utilisation de la médiation de griefs pendant la durée de la convention collective, sans que l'on ne soit nécessairement en arbitrage, afin de voir comment la doctrine de droit du travail considère ce processus.

<sup>175</sup> Joëlle Thibault, *Les procédures de règlement amiable des litiges au Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, p. 120.

<sup>176</sup> Serge Roy, Avi Schneebalg, Eric Galton, *La médiation : préparer, représenter, participer*, Cowansville, Yvon Blais, 2005, p.9.



## 3.2 LA MÉDIATION « HORS ARBITRAGE »

### 3.2.1 La médiation préventive

À un certain moment donné de leur relation, les parties peuvent ressentir le besoin de trouver et de régler les causes de conflits répétitifs qui ont souvent trait au climat de travail ou à des problèmes d'organisation. L'aide d'un médiateur devient alors fort utile pour guider les parties dans leur démarche. Les auteurs Morin et Blouin désignent ce type de médiation comme étant une médiation préventive<sup>177</sup>.

Même si la médiation est un processus informel et non balisé dans le texte de loi, ces auteurs estiment que celui-ci s'inscrit dans l'économie générale de nos rapports collectifs favorisant l'entente entre les parties. Il s'agit après tout d'une négociation assistée. Cependant, généralement, l'engagement qui pourrait en résulter n'est pas contraignant légalement parce qu'il se situe hors la convention collective, ce qui représente un test pour les relations entre les parties.

La médiation préventive pourrait même produire des résultats heureux dans la mesure où cela permettrait de résoudre des litiges existants. Toutefois, les paramètres du *Code* doivent alors s'appliquer :

Si d'abondance, les parties règlent effectivement des griefs par le canal de la médiation préventive, il leur échoit de s'assurer de se conformer, le cas échéant, aux prescriptions légales applicables en ces circonstances (art. 100.0.2 ou 100.3 C.t.) (V.69). Il en va de même si elles acceptent alors de modifier la convention collective pour mieux parachever l'opération (art. 72 C.t.)(V.68)<sup>178</sup>

<sup>177</sup> *Op.cit., supra*, note 10, pp. 314-315.

<sup>178</sup> *Ibid*, p. 315.

### 3.2.2 La médiation de grief

#### a) la procédure de grief

D'entrée de jeu, il y a lieu de préciser que les parties à la convention collective ont le loisir d'élaborer une procédure de griefs qui leur donne de multiples occasions de discuter et, éventuellement, de régler les griefs qui seront déposés. De manière générale, le dépôt du grief peut être précédé ou non d'une discussion entre le salarié intéressé et le supérieur immédiat. Par la suite, une ou quelques étapes de discussion sont prévues entre l'employeur et les représentants syndicaux, très souvent dans le cadre des réunions de comité de relations de travail composé de représentants des deux parties. En cas d'échec, le grief sera alors soumis à l'arbitrage, étape qui enclenche le choix de l'arbitre et la fixation de dates d'audience.

Cette phase de discussions a été qualifiée d'innovation majeure dans les relations industrielles en ce qu'elle joue plusieurs rôles qui renforcent la relation entre l'employeur et l'association accréditée :

1. It assumes a *compliance* role by ensuring that both parties adhere to and respect the collective agreement. [...]
2. It assumes a *judicial and adjudicative* role for industrial organizations by interpreting the collective agreement and rules of behaviour and by serving as the dispute resolution procedure for disagreements which arise during the life of the collective agreement [...]
3. It serves an *administrative* role by applying the rules of the contract and offers guidance in the administration of the collective agreement. [...]
4. It may serve as a *forum for 'fractional bargaining'* where one party attempts to secure concessions it could not obtain at the bargaining table or win back what it has lost at the bargaining table.<sup>179</sup>

L'article 100 du *Code* qui est le fondement de l'arbitrage obligatoire laisse aux parties une entière liberté sur le sujet : « Tout grief doit être soumis à l'arbitrage en la manière prévue dans la convention collective si elle y pourvoit [...] ». Après avoir examiné les

<sup>179</sup> Sean C. Doyle, *The Grievance Procedure : The Heart of the Collective Agreement*, Kingston, Industrial Relations Centre Press, Queen's University, 1999, 1-2 (reproduction intégrale, références omises).



conventions de 1980 à 1995, le regretté professeur Rodrigue Blouin, rapportait, en 1996, que 99% des conventions collectives contiennent une procédure interne de réclamation<sup>180</sup>. Lors des discussions pendant les différentes étapes, il est donc non seulement possible de régler des griefs, mais également de négocier de nouvelles conditions de travail.

Même si elle représente la partie cachée de l'iceberg, l'efficacité de la procédure de griefs est démontrée par les statistiques :

TABLEAU 1 : Règlements hors cour /Sentences arbitrales de griefs (SAG)  
Secteurs privé et public<sup>181</sup>

	2007-08		2008-09		2009-10	
	Hors cour	SAG	Hors cour	SAG	Hors cour	SAG
Privé	1133	684	1119	688	1083	630
Public	1167	782	1184	762	1058	798
Total partiel	2300	1466	2303	1450	2141	1428
<b>Total</b>	<b>3766</b>		<b>3753</b>		<b>3569</b>	

Source : Jacques Simard, *Les sentences arbitrales de griefs : un aperçu de quelques caractéristiques*, Direction de l'information sur le travail, Direction générale des politiques et de la recherche, Ministère du travail, décembre 2010, p. 8.

#### b) la médiation de grief

Puisqu'une convention peut contenir toute disposition relative aux conditions de travail, rien n'empêcherait d'inclure dans cette procédure de grief le recours à la médiation. Pareillement, les parties pourraient tout autant convenir de manière *ad hoc* de demander la médiation.

<sup>180</sup> R. Blouin, « Nouvelles modalités de règlement de grief », dans *Innover pour gérer les conflits*, LI<sup>e</sup> Congrès des relations industrielles de l'université Laval, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1996, 117, p. 119.

<sup>181</sup> Si l'on ajoute les griefs qui sont réglés avant la nomination d'un arbitre, règlements qui ne sont pas compilés par le Ministère du travail, le total serait considérable. L'arbitre Jacques Doré avance que 90% des griefs sont réglés à l'amiable (Conférence Gérard Picard, Centrale des syndicats nationaux, 2007, p.1).

Dans ces deux cas, les auteurs Morin et Blouin rappellent que le recours à la médiation doit être compatible avec les exigences de la procédure d'arbitrage déterminée par les parties ainsi que celles du processus quasi judiciaire qu'est l'arbitrage :

Elles doivent alors notamment prévoir, en cette entente de médiation, ces points : le sort réservé aux étapes de la procédure interne et notamment la prolongation du délai de soumission du grief à l'arbitrage; la durée maximale de la médiation et son caractère informel; l'obligation des parties d'assister et de collaborer ainsi que la composition des représentations respectives; une mention à l'effet que toute recommandation faite par le médiateur ne lie pas les parties et demeure confidentielle en cas d'échec de la médiation; les modalités à respecter lorsqu'un règlement est retenu. Que le médiateur soit prévu à la convention collective ou par un acte distinct, son autorité est la même et sa fonction débute avec la saisine d'un dossier (V.65)<sup>182</sup>.

Ces auteurs sont cependant d'avis que le respect de l'économie du *Code* impose au médiateur de griefs de concevoir son rôle dans la perspective d'un arbitrage décisionnel :

Le danger le plus manifeste qui guette le médiateur serait d'agir en marge du droit conventionnel et même de glisser éventuellement vers une reconsidération de ce droit, plutôt que de manœuvrer sous sa coupole. En somme, le texte conventionnel doit néanmoins et toujours servir de substrat au règlement obtenu<sup>183</sup>.

Par conséquent, malgré le caractère informel du processus, le résultat de la médiation s'inscrirait dans un cadre contraignant<sup>184</sup>. Ainsi, il faut savoir si un arbitre est déjà saisi du grief auquel cas l'article 100.3 du *Code* s'applique : « Si l'arbitre est informé par écrit du règlement total ou partiel ou du désistement d'un grief dont il a été saisi, il en donne acte et dépose sa sentence conformément à l'article 101.6. » Par contre, si aucun n'arbitre n'a été nommé, le règlement en demeure un au sens de l'article 100.0.2 :

Lorsque les parties ont réglé un grief avant qu'il soit déféré à l'arbitrage et qu'une partie refuse de donner suite au règlement intervenu, l'autre partie peut déférer le grief à l'arbitrage malgré toute entente à l'effet contraire et malgré l'expiration des délais prévus aux articles 71, 100.0.1 ou à la convention collective.

<sup>182</sup> *Op.cit.*, *supra*, note 10, p. 316.

<sup>183</sup> *Ibid*, p. 317. « Par ailleurs, le processus doit prendre en compte le fait que, en bout de piste, le grief non réglé devra être résolu par voie d'autorité, c'est-à-dire celle prévue à la convention collective et imposée au code du travail ». (p. 318)

<sup>184</sup> *Ibid*, p. 319.



Il en va tout autant d'une entente qui modifierait la convention collective. Les parties doivent alors respecter le dépôt auprès du ministre de celle-ci selon les prescriptions de l'article 72 du *Code*.

À notre connaissance, il n'existe pas de statistiques sur l'utilisation de la médiation pour régler des griefs puisqu'un tel processus n'est pas prévu dans le *Code*. Il est donc difficile d'en connaître la popularité en pratique. On sait que le phénomène existe depuis quand même plusieurs années et que l'intérêt pour la médiation était suffisant pour attirer l'attention du monde du travail. En effet, le 11 mars 1983, l'École des relations industrielles de l'Université de Montréal traitait de la médiation pré-arbitrale lors d'une de ses journées d'étude.

L'examen des diverses interventions des experts invités, tous des spécialistes et praticiens des relations de travail, démontre une attitude ambivalente envers la médiation. En fait, le résultat ressemble davantage au bilan des différentes difficultés de l'arbitrage de griefs telles qu'elles sont vécues, bilan similaire à celui de l'arbitre Dupont quelques années plus tôt. Dans ce cadre, certains expriment l'idée que le recours à la médiation risquerait d'ajouter une étape supplémentaire à un processus dont on déplore déjà la lourdeur et la lenteur<sup>185</sup>.

Cela dit, on reconnaît qu'une des causes principales des critiques sur l'arbitrage est le manque de communications<sup>186</sup>. Les différentes interventions permettent par ailleurs de relever certaines conditions favorables au succès de l'utilisation de la médiation. C'est ainsi que l'on attire l'attention sur le fait que les qualités requises d'un médiateur diffèrent de celles d'un arbitre<sup>187</sup>, qu'il faut distinguer le grief du véritable problème de relations industrielles sous-jacent<sup>188</sup>, que la médiation doit être volontaire ce qui permettrait de se redonner mutuellement confiance et de reconnaître la bonne foi de

<sup>185</sup> Voir l'intervention de M<sup>e</sup> Jacques A. Laurin lors de la Table ronde, *op.cit. supra*, note 70, p.63.

<sup>186</sup> Le professeur Marcel Pepin fait état des résultats d'une enquête sur le terrain. À cet égard : «Tous les praticiens remarquent que la principale difficulté est la lenteur des délais qui n'a pas de justification propre sinon le fait que l'on refuse de se parler avant l'audition d'un grief.», M. Pepin, « La médiation pré-arbitrale en matière de conflits de droits (griefs) », *op.cit., supra*, note 70, p.22.

<sup>187</sup> Allocution du conférencier d'honneur J.F.W. Weatherill, *La médiation et l'arbitrage*, *Ibid*, p. 50.

<sup>188</sup> *Ibid*,

chacun.<sup>189</sup> Ajoutons une remarque du professeur Pepin<sup>190</sup> qui laisse deviner que le médiateur doit avoir une formation nécessaire afin d'être en mesure d'utiliser diverses techniques pour obtenir une efficacité dans les séances de médiation.

Ces propos qui remontent à bientôt trente ans laissent donc percevoir une ouverture prudente pour la médiation. On ne trouvera certes pas de contestation radicale de ce processus, mais on semble encore trop pris par le climat de méfiance mutuelle pour croire que cela aura du succès<sup>191</sup>.

L'évolution de la situation est perceptible avec le changement de chaque décennie. L'économie a changé, les modes de gestion sont devenus plus souples, la pratique des relations syndicales-patronales s'est modifiée : par exemple, il est possible de négocier des conventions collectives de longue durée et les centrales syndicales ont créé des fonds d'investissement dans les entreprises<sup>192</sup>.

Parallèlement, ce qu'on a appelé les moyens alternatifs de résolution des litiges attirent de plus en plus l'attention dans le domaine juridique et judiciaire au point de faire leur entrée dans les facultés de droit<sup>193</sup>. En droit des relations individuelles de travail, la médiation connaît des succès certains<sup>194</sup>.

<sup>189</sup> Intervention de M<sup>e</sup> Jean Pomminville lors de la Table ronde, *Ibid*, p.69-70.

<sup>190</sup> Celui-ci, fort de son expérience d'ancien président de la C.S.N., déclare : « Il est bon de rappeler que jusqu'au début des années '60, le Ministère du travail, en vertu de la législation du travail de l'époque, déléguait un conciliateur auprès des parties lorsque le Ministère recevait une demande d'arbitrage d'un grief. Ceux qui ont vécu cette époque seront, je pense, d'accord pour dire que l'efficacité de cette méthode n'était pas considérable sans doute en raison principalement de la façon dont elle était appliquée. », *Ibid*, p.22.

<sup>191</sup> Il y a lieu de replacer cette journée dans son contexte socio-historique. Les années soixante-dix avec les grandes luttes syndicales viennent de se terminer. Le début des années quatre-vingt est frappé d'une des pires récessions économiques depuis la grande crise des années trente. La méfiance est toujours grande entre les employeurs et les organisations syndicales.

<sup>192</sup> Le thème du LI<sup>e</sup> Congrès des relations industrielles de l'université Laval en 1996 n'est-il pas « Innover pour gérer les conflits », voir *supra*, note 180. Voir aussi la présentation de M<sup>e</sup> Thierry Bériault lors de la journée de formation du 18 avril 2009 de la Conférence des arbitres, « La médiation privée en relations du travail : fondements, approches et typologie ».

<sup>193</sup> En 1995, le Barreau du Québec organise une journée portant sur la médiation dans la série Développements récents où l'on fait état notamment de l'expérience pilote en Cour supérieure (Lawrence A. Poitras, « Les solutions de Rechange au Règlement de Litiges (SoRRèL), le projet de conciliation-médiation de la Cour supérieure, où en sommes-nous après six mois ? », *Développements récents en médiation* 1995, Cowansville, Yvon Blais, 1995, 1-8. Le thème est abordé au congrès du Barreau de 1996



L'arbitre André Ladouceur, qui pratique également la médiation depuis plusieurs années, s'inscrit dans cette tendance. Lors de la journée Développements récents en médiation en 1996, il démontre clairement les bénéfices que pourrait apporter la médiation dans nos rapports collectifs en élargissant le champ d'examen des parties du particulier (le litige) au plus global (le conflit) :

À ce niveau, nous soumettons que l'approche médiatrice ne vient pas s'immiscer au niveau du traitement légal d'un conflit mais tente plutôt d'amener les parties à le reformuler sur une base qui déborde sa seule dimension juridique. Il s'agit alors non plus de savoir qui a tort ou raison mais de se demander s'il n'y a pas une issue praticable qui serait préférable à l'obtention de seule réponse legaliste.

Au niveau des conflits d'intérêts propres aux rapports collectifs, la conciliation a tenté de privilégier leur résolution à partir d'un dialogue imaginatif et constructif au lieu de s'en remettre au seul jeu du rapport de force. Au niveau des conflits de droit, on se demande maintenant si, là aussi, un dialogue imaginatif et constructif ne serait pas à même d'engendrer des résultats plus intéressants que ceux pouvant découler d'une confrontation légale, cette dernière n'étant pas tout à fait prémunie contre le risque d'être travestie en rapport de force<sup>195</sup>.

En d'autres termes, dans les milieux spécialisés de relations de travail, la médiation a cessé de devenir une curiosité pour devenir une option sur laquelle il faut se pencher. Cela est encore plus perceptible dans les rapports des conférenciers lors de la journée d'étude du 18 avril 2009 de la Conférence des arbitres du Québec. Dans ce forum qui réunit les principaux intéressés, l'observateur remarque que les discussions portent de plus en plus sur le comment plutôt que sur le pourquoi.

---

(Marie-France Chabot, « Le rôle de l'avocat à l'heure des modes alternatifs » dans *Congrès du Barreau du Québec, 1996*, Cowansville, Yvon Blais, 1996, 31-37). L'Université de Sherbrooke crée, en 1999, un programme de Prévention et règlements des différends.

<sup>194</sup> Voir la conférence de l'arbitre Jacques Doré, ancien commissaire du travail, Conférence Gérard Picard, Centrale des syndicats nationaux, 2007. L'ancien Bureau du commissaire général du travail avait déjà instauré un programme de médiation dans les années quatre-vingt-dix. Le succès de ce programme ne s'est pas démenti depuis l'avènement de la Commission des relations du travail : voir le *Rapport annuel de gestion 2009-2010* de la Commission des relations du travail, à la p. 24. Les statistiques démontrent que depuis 2005, le taux de règlement des plaintes de congédiement en vertu de la LNT, sans audience, varie de 70% (en 2005-06) à 80% (2009-2010), le taux est légèrement plus élevé dans les recours provenant du Code : de 76% (2005-06) à 82% (2009-2010). Le nombre de conciliations a varié de 1200 à 1600 par année pour les normes et d'environ 400 à 450, pour le Code.

<sup>195</sup> A. Ladouceur, *loc.cit.*, *supra*, note 16, p.71.

Aux fins du présent essai, on remarque surtout l'absence d'encadrement juridique de la médiation des griefs au Québec. En effet, certaines interventions énoncent les précautions juridiques à prendre<sup>196</sup>. C'est ce constat qu'il faut développer.

### 3.3 LE MED-ARB

#### 3.3.1 Définition

La liste des modes alternatifs de résolution recouvre divers processus de conciliation/médiation, de simulations d'audience, de procédures d'évaluation, de procédures préventives, etc.<sup>197</sup>. Le med-arb relèvera principalement de la catégorie des processus de conciliation/médiation avec la jonction d'un autre moyen, l'arbitrage, en cas d'échec. La caractéristique principale du med-arb est donc son caractère hybride :

Le Med/Arb est un processus qui débute comme une médiation. Cependant, les parties se sont déjà entendues sur le fait que si la médiation échouait, en partie ou en totalité, le médiateur prendrait alors le rôle d'un arbitre et rendrait une décision exécutoire.<sup>198</sup>

Mediation arbitration, or med-arb, is an increasingly popular alternative dispute resolution mechanism in which the disputing parties and a third-party neutral attempts to reach a voluntary agreement through mediation, and then move to arbitration by the same third party if they are unsuccessful<sup>199</sup>.

Il ressort de ces définitions que le med-arb est la succession de deux processus de résolution des litiges, la médiation et l'arbitrage. Généralement, le med-arb se fera dans cet ordre, mais rien n'empêche de concevoir un arbitrage qui se transforme en médiation. Cette combinaison est exécutée par la même personne qui deviendra tour à tour

<sup>196</sup> Par exemple, voir les interventions suivantes de la journée d'étude de la Conférence des arbitres de 2009 : M<sup>e</sup> Serge Brault, arbitre, « Encadrement juridique de la médiation arbitrage de griefs : convention collective ou protocole », M<sup>e</sup> Richard B. Boyczun, « Médiation arbitrale ».

<sup>197</sup> J. Thibault, *op.cit. supra*, note 175, p. 119.

<sup>198</sup> Howie Clavier, Hélène de Kovachich, Marisa Esposito, Pierre Renaud, *Guide pratique de la médiation*, Scarborough, Carswell, 1997, p. 16.

<sup>199</sup> Megan Elizabeth Telford, *Med-Arb : A Viable Dispute Resolution Alternative*, Kingston, IRC Press (Queen's University), 2000, p.III.



médiateur et arbitre<sup>200</sup>. Cette transformation de rôle ne touche pas uniquement le tiers choisi par les parties. Ces dernières passent également d'un rôle de négociateur/collaborateur à un rôle d'opposants ayant des droits.

### 3.3.2 Comparaison entre les deux processus

Puisque l'arbitre devra remplir un rôle de médiateur, il y a lieu de comparer la médiation et l'arbitrage sous l'angle du processus.

Une première caractéristique commune est le choix d'un tiers neutre, en qui les parties ont confiance. À l'évidence, dans les deux cas, les parties ne réussissent pas à trouver un terrain d'entente par la négociation. Pour la médiation, ce recours est volontaire, d'où la nécessité d'une grande confiance afin de permettre une pleine adhésion des parties au processus qui en est un d'assistance à la négociation<sup>201</sup>. En arbitrage, nous le savons, le processus est obligatoire cependant, le choix de l'arbitre est primordial, les parties désirant une connaissance du milieu auquel s'ajoute un facteur de prévisibilité :

En procédant ainsi, les parties s'assurent d'une certaine continuité dans la jurisprudence puisqu'elles connaissent bien les tendances et orientations des arbitres qu'elles choisissent suivant la nature des griefs soulevés<sup>202</sup>.

Une deuxième caractéristique commune est une phase de recherche des faits.

La simplicité de départ de la médiation est trompeuse. Le médiateur doit aider les parties à aller au-delà du litige devant lui pour qu'elles s'attaquent au conflit sous-jacent. Un travail d'analyse important est requis qui permettra de choisir une approche appropriée.

<sup>200</sup> C'est le défi principal que pose ce processus, défi qui serait grandement amoindri si l'on utilisait deux personnes pour remplir les rôles respectifs : J. Thibault, *op.cit.*, *supra*, note 175, p. 123 et Richard H. McLaren, John P. Sanderson, *Innovative Dispute Resolution- The Alternative*, Toronto, Carswell, 1994, éditions à feuilles mobiles 2001, p. 6-2. À titre indicatif, la Commission des relations du travail compte un certain nombre d'agents de relations du travail qui font les médiations. Les juges administratifs de la Commission se concentrent sur leur rôle adjudicatif.

<sup>201</sup> L'auteur Joëlle Thibault explique que l'équité procédurale s'impose en raison de la nature même du processus : «À notre avis, il [le médiateur] le fera plus par souci de préserver la confiance des parties, que par application stricte des principes fondamentaux du procès.» *Op.cit.*, *supra*, note 175, p. 200.

<sup>202</sup> M. Pepin, *op.cit.*, *supra* note 70, pp.16-17. Le professeur Pepin explique que les parties voudront même attendre que l'arbitre se libère plutôt que de se faire imposer un choix par le Ministre.

L'auteur Christopher W. Moore décrit l'étendue des approches possibles lorsque naît un conflit. Cela va de la compétition à l'évitement (ou *statu quo*), de l'accommodation à la négociation d'un compromis ou d'une négociation basée sur les intérêts<sup>203</sup>. Dans ce contexte, le médiateur doit soupeser son intervention en fonction de critères comme les coûts, le facteur temporel, la relation entre les parties, la dynamique interne, les relations de pouvoir<sup>204</sup>.

En arbitrage de griefs, la tendance traditionnelle était de laisser les parties complètement responsables de la preuve<sup>205</sup>, ce qui entraînait un silence total avant le jour de l'arbitrage. Contrairement au juge qui pouvait prendre connaissance de la procédure écrite dans les dossiers civils, l'arbitre se présentait le matin de l'audience dans l'ignorance complète du grief qu'il serait appelé à trancher.

Ainsi, il n'était pas rare qu'une partie attende le jour de l'audience pour faire connaître une objection à la compétence de l'arbitre ce qui forçait l'émission de décisions interlocutoires qui prolongeaient le débat et les coûts<sup>206</sup>. Par ailleurs, il découlait de la même tendance l'adoption par l'arbitre d'une attitude attentiste de la preuve des parties, pendant l'enquête :

Comme les arbitres ignorent généralement la nature précise du litige qu'ils ont à trancher, certains procureurs y vont d'un bref exposé de cause afin d'identifier les paramètres de la problématique soumise pour adjudication. Cette approche permet à l'arbitre de saisir les enjeux dès le début de l'enquête<sup>207</sup>.

Cette tendance traditionnelle est en désuétude. Les arbitres de griefs seraient mal venus de continuer dans cette veine alors que les juges des tribunaux civils se sont orientés vers la gestion de l'audience, c'est-à-dire la mise en place de mécanismes pour maximiser

<sup>203</sup> *Op.cit.*, *supra*, note 54, pp.108-112.

<sup>204</sup> *Ibid.*, pp. 112-115.

<sup>205</sup> « De type contradictoire, la justice arbitrale ne permet pas à l'arbitre de jouer un rôle inquisitoire. Il doit juger sur la preuve devant lui, à la manière des cours de justice. Ce système contradictoire limite le rôle de l'arbitre et détermine les règles de preuve. » Louise Verschelden, *La preuve et la procédure en arbitrage de griefs*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1994, p. 9. Voir au sujet de la nécessité du débat contradictoire : *T.U.A.C., section locale 501 c. Eaux Danone d'Amérique du Nord*, D.T.E. 2004T-668 [arbitre Nathalie Faucher].

<sup>206</sup> J.Dupont, *loc.cit.*, *supra*, note 11, p.186.

<sup>207</sup> J.S. Masse, *op.cit.*, *supra*, note 126, p.83.



l'utilisation du temps d'audience<sup>208</sup>. Lors de l'adoption de modifications importantes du *Code* en 2001, le législateur a ajouté un alinéa à l'article 100.2 qui permet explicitement à l'arbitre de tenir des conférences préparatoires selon l'article 136. Lorsqu'on examine les éléments constitutifs de ce dernier article, il apparaît que l'arbitre peut aller fort loin dans la conduite du dossier :

[...] Elle a pour objet :

- 1° de définir les questions à débattre lors de l'audience;
- 2° d'évaluer l'opportunité de clarifier et préciser les prétentions des parties ainsi que les conclusions recherchées;
- 3° d'assurer l'échange entre les parties de toute preuve documentaire;
- 4° de planifier le déroulement de la procédure et de la preuve lors de l'audience;
- 5° d'examiner la possibilité pour les parties d'admettre certains faits ou d'en faire la preuve par déclaration sous serment;
- 6° d'examiner toute autre question pouvant simplifier ou accélérer le déroulement de l'audience.

La conférence préparatoire peut également permettre aux parties d'en arriver à une entente et de terminer une affaire.

Au surplus, l'arbitre peut instruire le grief « selon la procédure et le mode de preuve qu'il juge approprié » (article 100.2), ce qui se démarque de la procédure civile qui est codifiée. En pratique, le cadre de référence de l'arbitre est plus restreint que celui du médiateur en ce qu'il se limite au litige porté devant lui. La preuve qui est faite doit être recevable et pertinente à l'objet de ce litige. Après l'enquête une phase d'argumentation, les plaidoiries, permet à chacune des parties d'exposer les raisons, principalement juridiques, militant en faveur de sa position<sup>209</sup>.

En médiation, la démarche est plus souple afin de permettre d'identifier le conflit qui sous-tend le litige. Dès lors, des éléments qui paraissent secondaires en arbitrage pourraient devenir importants pour cette identification<sup>210</sup>. En raison de l'informalité du

<sup>208</sup> Voir les articles 151.1 et suivants du *C.p.c.*.

<sup>209</sup> Les obligations légales sont inscrites aux articles 100.5 : « L'arbitre doit donner à l'association accréditée, à l'employeur et au salarié intéressé l'occasion d'être entendus. [...] » et 100.11 (« [...] preuve recueillie à l'enquête »). La forme en deux temps, enquête et plaidoiries, est la plus utilisée.

<sup>210</sup> Comme le soulignent les praticiens de la médiation, « si les parties semblent préoccupées par les questions [et les positions], elles sont en réalité, souvent motivées par l'aspect des intérêts » S. Roy, A. Schneebalg, E. Galton, *op.cit.*, *supra*, note 176, pp. 126.

processus, l'argumentation juridique se confond bien souvent à l'exposé des faits. Toutefois, il ne faudrait pas en déduire que la médiation est un dialogue sans fin, il s'agit d'un processus qui doit être mené dans le but d'amener les parties à conclure une entente :

[...] Il [le médiateur] doit également diriger les discussions sur les pistes les plus prometteuses. En tant que maître du processus de médiation, il doit faire preuve d'une certaine vision stratégique<sup>211</sup>.

En définitive, en ce qui concerne la phase de cueillette et de l'analyse de l'information, le processus de médiation et le processus de l'arbitrage présentent des similitudes significatives. Essentiellement, que ce soit par nécessité ou par obligation légale, il résulte des deux démarches que les parties doivent s'exprimer et interagir. Dans les deux cas également, le rôle du tiers neutre est de rechercher activement et de faire ressortir le plus clairement possible ce qui oppose les parties.

La divergence fondamentale entre les deux processus se situe dans la façon de résoudre la mécontente.

Inspirée par les principes de la négociation raisonnée, une fois les éléments réels du conflit identifiés, une partie déterminante du rôle du médiateur est d'amener les parties à générer diverses options parmi lesquelles elles pourront trouver une solution applicable à leur situation<sup>212</sup>. Une médiation réussie sera celle qui se termine par une entente élaborée par les parties avec l'aide du médiateur. Comme le rappelle une médiatrice d'expérience, il est primordial que, tout au long de la médiation, le médiateur se concentre sur le processus :

La responsabilité du médiateur vis-à-vis les gens qui engagent ses services n'est pas de leur obtenir une entente ni de la négocier pour eux. C'est uniquement de

<sup>211</sup> Jean Poitras, Pierre Renaud, *La médiation et la réconciliation des intérêts dans les conflits publics*, Scarborough, Carswell, 1996, p. 50.

<sup>212</sup> Chapitre 11 du livre de Moore (Generating options for settlement) *op.cit.*, *supra*, note 54, pp.269-294. Cette phase peut faire appel à diverses techniques comme la négociation sur position, la négociation basée sur les intérêts, le *brainstorming*, etc. Voir aussi H.Clavier, H. de Kovachich, M. Esposito, P.Renaud, *op.cit.*, *supra*, note 198, pp.18-30, J.Poitras, P. Renaud, *op.cit.*, *supra*, note 211, pp.76-80.



leur procurer tous les ingrédients qui peuvent émaner de ce processus et qui ouvrent les chemins pour qu'ils arrivent eux-mêmes à un résultat<sup>213</sup>.

L'arbitre de griefs doit veiller au bon déroulement de l'arbitrage dans le but de recueillir la preuve et d'entendre les plaidoiries. Une fois cela fait, il décide du sort du grief dans son délibéré selon un cadre juridique :

Pour les fins de la prise de décision, l'arbitre doit s'en rapporter aux règles de droit et non pas à l'équité (ar.100.11C.t.). Il n'a pas pour fonction de substituer aux règles conventionnelles ou légales des dispositions qui lui apparaîtraient plus équitables; il doit se limiter à interpréter et à appliquer la convention collective et la législation<sup>214</sup>.

Ces distinctions étant faites, on se demandera si l'arbitre de griefs au Québec peut agir comme médiateur. Malheureusement, ce pouvoir n'est pas clairement exprimé dans le *Code*. Tout au plus pourrait-on arriver à cette conclusion par déduction. En effet, l'arbitre peut tenir une conférence préparatoire selon l'article 136 qui se termine, rappelons-le, par cet alinéa : « La conférence préparatoire peut également permettre aux parties d'en arriver à une entente et de terminer ainsi une affaire. ».

La situation est fort différente dans le *Code canadien du travail*<sup>215</sup>. L'article 60 du C.C.T. énonce :

60 (1) L'arbitre ou le conseil d'arbitrage a les pouvoirs suivants :

[...]

(1.2) En tout état de cause, l'arbitre ou le conseil d'arbitrage peut, avec le consentement des parties, les aider à régler tout désaccord entre elles, sans qu'il soit porté atteinte à sa compétence à titre d'arbitre ou de conseil d'arbitrage chargé de trancher les questions qui n'auront pas été réglées.

Autre paradoxe, compte tenu des références historiques à la méfiance envers le système judiciaire traditionnel, un juge d'un tribunal civil peut agir comme médiateur. Le C.p.c. a été amendé en 2003 afin de permettre à un juge de présider une conférence de règlement

<sup>213</sup> Dominique F. Bourcheix, « Le rôle du médiateur : évolution et tendances », dans Service de la formation permanente du Barreau, *Développements récents en médiation 2001*, volume 162, Cowansville, Yvon Blais, 2001, 127, p. 142.

<sup>214</sup> F. Morin, R. Blouin, *op.cit.*, *supra*, note 10, p. 578.

<sup>215</sup> L.R.C. (1985), c. L-2 (ci-après le C.C.T.).

à l'amiable<sup>216</sup>. Point important, ces dispositions ont permis à la Cour d'appel d'affirmer un point essentiel pour la compréhension du rôle d'un décideur :

[32] Bref, le juge qui préside une conférence de règlement à l'amiable, une médiation, une conciliation ou tout autre mécanisme alternatif de règlement des conflits, et ce, conformément à ses assignations dans le cadre d'un litige judiciaire dont est saisi un tribunal exerce une fonction judiciaire<sup>217</sup>.

On constate donc que, par rapport au juge ou à l'arbitre de griefs au niveau fédéral, l'arbitre de griefs au Québec ne peut savoir avec certitude si l'exercice de la médiation entre bien dans l'exercice de ses fonctions. Il s'expose donc lorsqu'il veut agir comme médiateur<sup>218</sup>. Une telle situation rend encore plus difficile les efforts des arbitres en ce sens en les obligeant le plus souvent à faire rédiger une entente par les parties<sup>219</sup> ou de le négocier dans la convention collective. S'il est vrai que cette dernière option est toujours présente, on peut estimer que le med-arb deviendrait beaucoup plus employé si le législateur en balisait la pratique.

En tenant compte de ce silence du texte de loi, nous examinerons les problèmes soulevés par la médiation dans l'exercice du processus et de la compétence même de l'arbitre.

<sup>216</sup> Article 151.14 C.p.c. : « Un juge peut présider une conférence de règlement à l'amiable. Il bénéficie alors de l'immunité judiciaire. ». Notons cependant qu'il ne peut entendre le litige en cas d'échec (article 151.23) ce qui lui permet de jouer plus aisément son rôle de médiateur. On pourra consulter avec profit le numéro spécial de la Revue de prévention et de règlement des différends, volume 3, numéro 1 (Hiver 2005) qui porte sur la médiation judiciaire. Ce numéro fait état de plusieurs défis auxquels est confronté le juge qui pratique la médiation, notamment les enjeux éthiques, les enjeux de l'utilisation du raisonnement judiciaire et du raisonnement de résolution de problème, la place de la médiation judiciaire par rapport à la médiation privée et ainsi de suite. À titre d'adjudicateur, l'arbitre est confronté au même type de défis.

<sup>217</sup> Opinion de la formation de la Cour d'appel, rédigée par le juge Rochon dans *Kosko c. Bijimine*, 2006 QCCA 671, [2006] R.J.Q.1539, p.1545.

<sup>218</sup> L'article 100.1 du *Code* édicte : « L'arbitre ne peut être poursuivi en justice en raison d'actes accomplis de bonne foi dans l'exercice de ses fonctions. »

<sup>219</sup> L'arbitre Serge Brault qui est un autre partisan de cette nouvelle formule propose un protocole de 17 articles (S. Brault, *La médiation-arbitrage : la résolution verte*, Institut de médiation et d'arbitrage du Québec, 1<sup>er</sup> juin 2011). Voir aussi la présentation de M<sup>e</sup> R. Boyczun, lors de la journée d'étude du 18 avril 2009 de la conférence des arbitres du Québec, « Médiation arbitrale », pp.6-7.



### 3.3.3 Les problèmes soulevés par l'exercice de la médiation

#### a) l'impartialité

Il n'existe pas pour le moment un texte législatif unique qui encadrerait la pratique de la médiation<sup>220</sup>. Des concepts clés comme celui de l'impartialité ou neutralité du médiateur s'expliquent parfaitement dans un enseignement ou dans la doctrine spécialisée. D'un point de vue légal, il n'y a pas nécessairement de garantie, contrairement aux principes de justice naturelle élaborés par la jurisprudence et confirmés dans nos lois pour les arbitres de griefs.

Sous cette réserve, il relève de l'essence de la médiation que, pour assister efficacement les parties dans leur négociation, le médiateur ne doit pas être en conflit d'intérêts et qu'il doit aborder le dossier de médiation sans parti pris ou préjugé. Il lui faut en outre projeter une image de neutralité irréprochable.

En effet, la partie qui a la perception d'une injustice ne voudra pas perdre son temps avec un intermédiaire qui semble partial envers son vis-à-vis ou défavorable à sa cause. Si par chance, on arrive à un résultat, celui-ci pourrait laisser un goût amer, voire provoquer le non-respect de l'entente. Par contre, le résultat obtenu avec un médiateur perçu comme équitable convainc les parties qu'elles ont été en contrôle et qu'il s'agit bien de leur entente.

En raison de son rôle très actif, le médiateur doit donc surveiller ses interventions. :

Compte tenu du caractère informel et privé du processus de médiation, les parties sont d'autant plus sensibles aux remarques faites par le médiateur, qui doit soupeser ses commentaires et les termes qu'il emploie de façon à ne pas donner l'impression de favoriser une partie au détriment d'une autre.<sup>221</sup>

<sup>220</sup> En termes de codes de déontologie, il faut plutôt y aller à la pièce, par exemple le *Code de déontologie des assesseurs et conciliateurs de la Commission des lésions professionnelles*, R.R.Q., c. A-3.001, r.3 ou les *Règles sur les normes d'éthique, de discipline et le relevé provisoire des fonctions de la Fonction publique*, R.R.Q., c. F-3.1.1, r.1.

<sup>221</sup> J. Thibault, *op.cit.,supra*, note 175, p. 199. Christopher Moore nous parle de ce principe dans la section intitulée « Codes of Ethics and Standards of Practice » : « Among the responsibilities that the intermediary has to the parties are: An obligation to remain impartial and maintain "freedom from favouritism or bias

Dans l'éventualité où le médiateur oublierait cette règle, la conséquence pour la partie concernée qui n'est pas satisfaite est d'abandonner la médiation.

En arbitrage de griefs, c'est la règle de droit administratif qui prévaut dans la mesure où le *Code* est muet sur cet aspect<sup>222</sup>. L'arbitre est appelé à trancher des conflits de droit; il ne peut être en conflit d'intérêt. Dans son comportement à l'audience, il doit tout autant apparaître impartial :

Traditionnellement le droit public ne se souciait vraiment que de l'aspect individuel de la règle *nemo iudex*. Cette règle concernait le rapport entre le juge et les parties ainsi que le dossier dont il est saisi. Sous l'angle individuel, selon la Cour suprême, «l'impartialité désigne un état d'esprit ou une attitude du tribunal vis-à-vis des points en litige et des parties dans une instance donnée». Elle connote «une absence de préjugé réel ou appréhendé». Il s'agit de «l'état d'esprit de l'arbitre désintéressé eu égard au résultat et susceptible d'être persuadé par la preuve et les arguments soumis». La partialité «se dégage à la fois de l'état d'esprit et du comportement». La crainte raisonnable de partialité a donné naissance aux règles de contestation des décisions rendues par des tribunaux dont les membres se sont placés ou se trouvent placés dans des situations bien caractérisées par la jurisprudence<sup>223</sup>.

Un tel sujet nous amène à nous interroger sur le style du médiateur. Comme il a été vu précédemment, celui-ci peut utiliser de nombreuses techniques dans un processus caractérisé par sa grande souplesse puisqu'il n'y a pas de démarches obligatoires. Le médiateur peut, sinon doit, s'adapter à la situation qui se présente, au conflit qui est présenté. Cela étant, la doctrine en matière de modes alternatifs de solutions des litiges a dégagé certains styles de médiateurs selon le degré d'intervention<sup>224</sup>.

En particulier dans le cas de décideurs qui pratiquent la médiation, comme c'est le cas du juge en conférence de règlement à l'amiable, la doctrine de PRD propose un modèle des

---

either by word or by action, and a commitment to serve all parties as opposed to a single party" » (*op.cit.*, *supra*, note 54, p 448).

<sup>222</sup> Le législateur a édicté l'article 76 en ce qui concerne l'absence d'intérêt pour l'arbitre de différend. Sur le silence du *Code*, voir aussi F. Morin, R. Blouin, *supra*, note 10, pp. 248 et suivantes. Notons que les arbitres ont, eux aussi, un code de déontologie (voir <http://www.conference-des-arbitres.qc.ca>, site consulté le 6 juin 2011).

<sup>223</sup> P. Garant, *op.cit.*, *supra*, note 149, p. 759-760.

<sup>224</sup> On pourra avoir une revue des styles de médiateurs dans Nadine Boileau, Maurice Lemelin, « Les styles de médiateurs et de médiations: une étude de cas », (2004) 2 *Revue de prévention et de règlement des différends* 67-84. Voir aussi C. Moore, *supra*, note 54, pp. 55-56. (« In general, regardless of the type of mediator role being performed, intermediaries vary along a continuum from highly directive to highly nondirective with respect to substantive issues, the problem-solving process, and the management of relationships between the parties. » [p.55]).



types de médiation judiciaire. Ce modèle repose sur les deux tendances identifiées lors d'une étude théorique et empirique de la médiation judiciaire<sup>225</sup>. Les interventions du juge-médiateur se produiront sur un continuum traditionnel-innovateur. Selon la conception que se fait le juge de son rôle de médiateur, ses interventions se feront sur un mode différent :

The TRAIN typology rests on two tendencies found in the literature and discourse produced by both practitioners and academics: traditional and innovative. TRAIN is thus built on a traditional-innovative continuum. Generally, the *traditional* tendency is one according to which judicial mediation is practiced using the *same* rights-based reasoning as litigation so that the judge's role is not significantly different than that of a legal expert in trial. The *innovative* tendency conceives of the practice of judicial mediation from the perspective of an *independent* logic according to which the judge's role is that of a facilitator, evoking the ideal of facilitative private mediation<sup>226</sup>.

En arbitrage de griefs, un arbitre peut agir en audience de manière tout aussi variée. Certains sont plus à l'écoute et laissent les parties faire leur preuve, d'autres sont plus interventionnistes, posent des questions (ce que l'arbitre peut faire, article 100.7), voire sont impatients<sup>227</sup>. Par son comportement à l'audience, l'arbitre s'expose quant à lui aux demandes de récusation. Celles-ci sont jugées essentiellement à partir de la norme de la crainte raisonnable, c'est-à-dire la crainte provenant d'une personne elle-même raisonnable et bien informée, basée sur des motifs sérieux<sup>228</sup>.

On retrouve un exemple pertinent de ce qui peut arriver en audience dans un cas où une arbitre a accepté de se récuser en raison du conflit profond l'opposant au procureur d'une des parties<sup>229</sup>. Tout en proclamant qu'elle n'avait aucune idée préconçue du litige, l'arbitre a posé plusieurs questions au procureur patronal sur le but et la pertinence de son

<sup>225</sup> Jean-François Roberge, « Could Judicial mediation deliver a better Justice ? Supposing we trained judges as EXPATS ? », (2010-2011) *Journal of Arbitration and Mediation*, vol.1, no 1, 1-46.

<sup>226</sup> *Ibid*, p.17.

<sup>227</sup> Pour un exposé très pratique, voir Claude LeCorre, Chantal C. Beaulieu, *Préparer et maîtriser une audition : tout ce que l'employeur doit savoir*, Cowansville, Yvon Blais, 1996, p.100 où les auteurs dressent un tableau de certains types d'arbitres, avec les signes distinctifs pour les reconnaître et comment s'adapter à la situation.

<sup>228</sup> Voir F.Morin et R. Blouin, *op.cit.*, *supra*, note 10, pp.252-255.

<sup>229</sup> *Alliance des infirmières de Montréal c. Hôpital Sacré-Cœur de Montréal*, D.T.E. 2004T-549 (Marie-France Bich, présidente du tribunal d'arbitrage).

contre-interrogatoire sur un sujet jugé essentiel. Elle admet qu'elle a été offusquée par certaines remarques et qu'elle a manifesté du mécontentement et de l'impatience. Il est résulté de tout cela que l'arbitre et le procureur patronal ressentait une inimitié réciproque. L'arbitre a par conséquent estimé qu'une crainte raisonnable que justice ne soit pas rendue existait.

L'arbitre qui fait de la médiation s'expose à de telles demandes de récusation. Peu importe où il se situe sur l'échelle d'intervention, le médiateur futur arbitre risque fort de se prononcer sur le litige ou sur l'un de ses points. Cela soulèvera possiblement la question de parti pris<sup>230</sup>, question qui est loin d'être théorique pour les parties en cause. C'est ce qui ressort d'interventions de décideurs qui ont été attaquées même si elles se basaient sur une intention d'inciter les parties à régler<sup>231</sup>.

Dans un premier cas<sup>232</sup>, la Cour supérieure a accueilli une requête en révision judiciaire d'une décision d'une commissaire du travail qui avait rejeté une demande en récusation. Lors de l'audition du dossier, la commissaire avait posé plusieurs questions sur le congédiement du plaignant, alors que l'employeur soutenait qu'il s'agissait d'un licenciement. Qui plus est, à quelques reprises, elle a suggéré, lors de rencontres avec les avocats, de régler. Elle rejette la demande de récusation formulée après six jours d'audience, n'y voyant aucun signe d'inimitié capitale<sup>233</sup>.

<sup>230</sup> «This issue is most likely to arise if the mediator is particularly assertive, or provides an advisory opinion in the course of the mediation (an «advisory opinion» is a non-binding expression of the mediator's opinion of the most likely outcome if the case goes to arbitration, based on what the mediator has heard in mediation).» David C. Elliott, «Med/Arb : Fraught with danger or ripe with opportunity?», 1995 XXXIV *Alberta Law Review* 163, p.167. On pourrait avancer que le modèle d'intervention traditionnel du juge médiateur, proposé par le professeur Roberge, prête flanc à de telles interventions : «...fundamentally, the conciliating judge conceives his role to be of assessing the parties' rights arising from judicial positions presented and inciting them to admit that it is preferable to settle in favour of the reasonableness in law of the solutions proposed. », J.-F. Roberge, *loc.cit. supra*, note 225, pp. 15-16.

<sup>231</sup> Ces exemples proviennent de décisions de commissaire du travail et de la Commission des relations du travail. Ils ont été retenus en raison de la pertinence avec notre sujet et du caractère voisin de ce tribunal avec celui de l'arbitre de griefs.

<sup>232</sup> *Régie régionale de la santé et des services sociaux de Montréal-Centre c. Béchara*, [2003] R.J.D.T. 150 (Cour supérieure).

<sup>233</sup> Elle déclare qu'elle a tenté d'inciter les parties à aller en médiation. «Cette avenue fait maintenant partie du paysage para-judiciaire et devient un mode de règlement privilégié parce que moins lourd, moins onéreux, moins contraignant, moins stressant, plus rapide et plus satisfaisant pour les parties qui peuvent prétendre avoir accepté et négocié un règlement plutôt que de se faire imposer une décision.» Extrait de la



La Cour supérieure applique le test habituel en matière de récusation pour conclure que les commentaires de la commissaire étaient suffisants pour soulever une crainte raisonnable de partialité. Selon le juge Marc De Wever, la commissaire exprime une opinion sur le fond du litige qui oppose les parties avant même l'argumentation du procureur de l'employeur, «dépassant ainsi le simple stade de suggestion ou préférence.» (paragraphe 21, p. 154). En ce qui concerne l'incitation d'aller en médiation, «[...] si l'objectif est noble, néanmoins, le cumul de ces propos et démarches peut laisser croire que la commissaire a déjà une opinion arrêtée à l'égard de la position de la Régie.» (paragraphe 25, p.155).

L'autre décision d'intérêt est cette fois-ci le rejet d'une demande de récusation d'un commissaire de la Commission des relations du travail, en vertu de l'article 137.10<sup>234</sup>. De manière similaire au premier cas, le commissaire, après avoir entendu six témoins, convoqua les procureurs pour leur dire qu'il y avait «du pour et du contre» dans le dossier et leur suggéra de parler à leurs clients d'un possible règlement. Il souligna à l'avocat de l'employeur une avenue de solution.

Le président de la Commission Louis Morin refusa de récuser le commissaire concerné :

[18] Dans la présente affaire, une telle personne [raisonnable] tiendrait compte d'abord qu'il y a aujourd'hui une tendance lourde en matière de justice selon laquelle les décideurs tentent de rapprocher les parties et de les inciter à régler leur contentieux surtout lorsqu'il apparaît, pour paraphraser ici le commissaire, «du pour et du contre». C'est dans cette optique qu'il faut analyser le comportement du commissaire. Il y a longtemps que ce phénomène existe en matière de relations du travail.

[19] Enfin, toujours en se rappelant l'obligation déontologique d'impartialité, on ne peut penser que l'idée du commissaire était faite et qu'elle était totalement défavorable à l'employeur. Si effectivement, sa conclusion était d'accueillir la plainte et d'ordonner la réintégration, il n'aurait pas demandé aux parties de voir s'il y avait une possibilité de règlement. Il aurait alors été partial en faveur de l'employeur. Aucun décideur, sachant qu'il rejettera ou accueillera une plainte,

---

décision de la commissaire (D.T.E. 2003T-199, au par. 33), citée à la page 153 de la décision de la Cour supérieure.

<sup>234</sup> *Nadeau c. Autobus scolaire Dostie inc.*, 2003 QCCRT 0508 (D.T.E. 2003T-940). Il était question en l'espèce d'une plainte contre un congédiement alors que l'employeur soutenait qu'il s'agissait d'une démission.

n'aura tendance à demander aux parties de régler puisqu'il privilégierait celui qu'il avait décidé de faire perdre.

Ces deux exemples illustrent les dangers qui guettent le médiateur qui se transforme en arbitre. On note que dans ces deux cas, il s'agissait de décideur qui intervient après le début d'un débat tenu selon les pratiques habituelles du litige en droit, c'est-à-dire selon les règles de la gestion d'audience. Pourtant, la suggestion même de tenter de régler est perçue par l'une des parties comme un signal qu'elle va perdre<sup>235</sup>. L'interprétation par le président de la Commission des relations du travail de l'époque du critère bien établi de la «crainte raisonnable» est intéressante car elle se base sur la «tendance lourde» de rapprocher les parties.

L'étude de l'exigence de l'impartialité dans les deux processus met en relief la difficulté pour la même personne de jouer les deux rôles.

Pour être efficace, le med-arb, doit suivre les règles de chacun des modes qui le composent. En tant que médiateur, il est difficile de se restreindre dans l'utilisation des techniques si l'on veut aider véritablement les parties à s'entendre. L'évaluation de la position respective des parties et les interventions pour inciter celles-ci à plus de souplesse font partie d'un ensemble de stratégies disponibles. Selon le litige, il peut être requis de se montrer plus interventionniste et de suggérer ou même recommander des voies de solution.

Il devient alors très facile de penser que l'arbitre qui succède au médiateur n'est plus «susceptible d'être persuadé par la preuve et les arguments soumis» comme l'exige la règle d'impartialité. Le problème n'est pas simple, car il risque de miner la confiance dans l'institution de l'arbitrage de griefs. Il pourrait y avoir un danger qu'une partie utilise la médiation comme moyen d'obtenir des informations ou comme façon de convaincre le futur arbitre sans passer par la rigueur d'une enquête.

---

<sup>235</sup> La situation est différente de celle prévalant lorsque le décideur peut laisser croire, par ses interventions ou commentaires, qu'il est favorable à une partie (Voir *S.E.P.B., section locale 574 (CTC-FTQ) c. Groupe Pages Jaunes*, D.T.E. 2007T-581 [arbitre Louise Viau], *Caisse populaire Desjardins de La Mitis c. Lepage*, [2005] R.J.D.T. 1677 [Commission des relations du travail]).



Certes, l'arbitre de griefs en audience n'est pas obligé d'être un sphinx, mais ses interventions sont toujours délicates. Cela sera encore plus difficile lorsque peu de temps auparavant, il intervenait activement dans la discussion du grief qu'il aura à trancher.

#### b) La confidentialité et la règle *audi alteram partem*

Le médiateur ne bénéficiant pas d'une phase d'enquête balisée comme l'arbitre, il recherche, sous des dehors conviviaux, des informations dans un but précis. Une des techniques de base de la médiation est la rencontre privée entre le médiateur et l'une et l'autre des parties (fréquemment désignée sous le terme de « caucus »). Celle-ci ne pose pas de difficultés puisqu'elle permet de vérifier l'information : le médiateur peut avoir mal compris certains éléments, l'une des parties peut avoir donné de mauvaises informations, involontairement ou non, il peut s'agir de simples perceptions, etc.<sup>236</sup> Cette technique peut également s'avérer fort utile pour dénouer les impasses<sup>237</sup> en permettant au médiateur d'aller sonder des éléments de solution en toute liberté.

Par ailleurs, le tenant de base de la médiation est la confiance dont la confidentialité du processus est garante. Lors des différents échanges en plénière et en rencontres privées, une partie doit avoir l'assurance qu'elle peut s'ouvrir sans que cela puisse lui être préjudiciable par la suite. Une règle élémentaire de la rencontre privée veut que le médiateur doive obtenir l'autorisation d'une partie avant de divulguer une information confidentielle à l'autre partie<sup>238</sup>.

<sup>236</sup> «The mediator must try to understand and correct information discrepancies if a successful intervention is to be launched», C. Moore, *op.cit.*, *supra*, note 54, p.141.

<sup>237</sup> Voir S. Roy, A. Schneebalg, E. Galton, *op.cit.*, *supra*, note 176, p. 138.

<sup>238</sup> H. Clavier, H. de Kovachich, M. Esposito, P. Renaud, *op.cit.*, *supra* note 198, p.101. S. Roy, A. Schneebalg, E. Galton, *op.cit.*, *supra*, note 176, p. 57.

Le processus même de la médiation pose un problème de deux ordres pour l'arbitre, un a trait à l'admissibilité en preuve de ce qui aurait pu avoir été divulgué en médiation, l'autre concerne le droit de réplique.

La confidentialité du processus de médiation est bien établie. Elle couvre l'ensemble de la médiation et non pas uniquement les entretiens privés, pour la raison que nous avons indiquée, à savoir celle d'assurer un climat favorable à une négociation complète sans crainte d'en souffrir préjudice. Il est remarquable de constater que le législateur a pris soin d'affirmer ce principe alors qu'il n'encadre pas le processus autrement par ailleurs.

Par exemple, l'article 15 de la *Loi sur le Ministère du travail* prescrit

Un conciliateur, un médiateur, un médiateur-arbitre du ministère du Travail de même que toute personne désignée par le ministre pour aider les parties à résoudre une mésentente ne peuvent être contraints de divulguer ce qui leur a été révélé ou ce dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions ni de produire un document fait ou obtenu dans cet exercice devant un tribunal ou un arbitre ou devant un organisme ou une personne exerçant des fonctions judiciaires ou quasi judiciaires.

Malgré l'article 9 de la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels (chapitre A-2.1), nul n'a droit d'accès à un tel document.<sup>239</sup>

Dans l'affaire *Kosko c. Bijimine*<sup>240</sup>, la Cour d'appel avait à se prononcer sur l'admissibilité des propos d'un juge lors d'une conférence de règlement à l'amiable dans le cadre d'une audience sur une action en responsabilité déposée par l'une des parties contre son avocat. Cette preuve visait à démontrer l'absence fautive de réaction de l'avocat en question qui aurait induit le réclamant à accepter un montant dérisoire en règlement final. Le juge de première instance a maintenu l'objection à la preuve de la divulgation de tels propos.

La Cour d'appel a rejeté l'appel et maintenu l'objection pour trois motifs : 1) le respect des principes qui sous-tendent l'indépendance et l'impartialité des tribunaux, 2) l'intérêt

<sup>239</sup> Par exemple, on retrouve un article semblable pour les conciliateurs de la Commission des relations du travail (article 137.53 du *Code*) ou ceux de la Commission des normes du travail (article 123.3 de la LNT).

<sup>240</sup> Précitée, *supra* note 217.



public au nom duquel les tribunaux ont de tout temps favorisé le règlement à l'amiable des conflits, 3) les règles inhérentes au fonctionnement de tout système de conciliation ou médiation efficace et crédible<sup>241</sup>.

La Cour rappelle d'autres décisions<sup>242</sup> qui ont approuvé le principe de confidentialité et insiste :

[67] Dans ce contexte, il importe de rappeler les particularités du système québécois de conciliation judiciaire. Celles-ci font ressortir l'importance du principe de confidentialité. Notre système de droit intègre à l'intérieur du système formel de justice la justice médiationnelle et décisionnelle. À toutes les échelles du système judiciaire, qu'il s'agisse de la justice administrative, de la justice civile ou du projet pilote pour les conférences pénales de facilitation, la fonction conciliationnelle est confiée au juge ou au décideur administratif, ce qui rend la règle de confidentialité encore plus fondamentale<sup>243</sup>.

En termes stricts de preuve, le principe de confidentialité apparaît donc solidement établi. À l'inverse cependant de la conférence de règlement, en med-arb, l'arbitre qui agit comme médiateur est le même qui décide. Les règles de l'arbitrage imposent un traitement différent de l'information.

Les formes que peut prendre une audience devant un arbitre sont en théorie variables puisqu'il est maître de la procédure<sup>244</sup>, ce qui pourrait nous entraîner dans le débat de l'obligation, par un tribunal administratif, de tenir une audience formelle<sup>245</sup>. Mais peu importe l'approche que l'on pourrait soutenir, le *Code* énonce clairement que l'arbitre doit suivre la règle *audi alteram partem*

<sup>241</sup> Paragraphe 34, p. 1546.

<sup>242</sup> Voir le paragraphe 65 du jugement, décisions protégeant notamment la confidentialité des conciliations tenues en vertu de la LNT.

<sup>243</sup> Par ailleurs, les propos du juge sur la médiation judiciaire (par.57 à 67) démontrent que le plus haut tribunal du Québec est parfaitement au courant du processus. En particulier au paragraphe 64 où l'on reconnaît le rôle du juge médiateur : « [alors qu'] il repose avant tout sur un juge qui intervient pour relancer le débat, pour rappeler les enjeux, pour suggérer des pistes de règlement, etc. »

<sup>244</sup> Il faut souligner cependant l'article 100.4 du *Code* qui édicte : « Les séances d'arbitrage sont publiques; l'arbitre peut toutefois, de son propre chef ou à la demande de l'une des parties, ordonner le huis clos. »

<sup>245</sup> Voir Garant, *op.cit.*, *supra*, note 149, pp.622 à 634.

En ce qui nous concerne, c'est la transparence même du processus qui est en cause, c'est-à-dire l'assurance que l'arbitre tranche le grief avec ce qui a été mis en preuve devant lui, en ayant véritablement les deux versions en contradiction :

Lorsqu'il admet un élément de preuve en provenance d'une partie, un tribunal doit toujours permettre à l'autre partie d'y faire face ou de le contredire. Une partie doit avoir «la possibilité raisonnable de répliquer à la preuve présentée contre elle». Un tribunal ne peut admettre une preuve à l'insu de l'autre partie, après la clôture de l'audition par exemple, ou avant l'ouverture de l'audition. De même, un président de tribunal viole la justice naturelle si, pendant le délibéré, il consulte les procureurs au dossier ou un expert. Un tribunal ne doit pas « avoir d'entretiens privés avec les témoins ».<sup>246</sup>

C'est ce qui permet à l'arbitre de griefs d'évaluer la recevabilité et la force probante des témoignages et de la preuve documentaire qu'on lui soumet. La sentence, qui doit être écrite et motivée (article 101.2), ne sera rendue également qu'après avoir permis à chacun d'exposer son argumentation<sup>247</sup>.

En d'autres termes, pour que l'arbitre puisse procéder à une médiation en utilisant toutes les stratégies possibles, dont celles de la rencontre en privé, les parties doivent lui accorder la grande confiance qu'il saura, en cas d'échec, mettre de côté ce qu'une partie aurait pu lui révéler. C'est un double péril qui attend l'arbitre qui était médiateur. D'une part la confiance des parties dans le processus, d'autre part, pour lui-même, un doute sur la qualité de son délibéré :

How can this be done [le droit de réplique] if one side or the other has no way of knowing what the other party is saying ? It is unsettling to think of what the other side *might* have said, and what influence that *might* have on the mediator turned arbitrator.

While private caucus meetings are problematic for lawyers, they can also pose a dilemma for the mediator-turned-arbitrator. How much reliance, if any, can be

<sup>246</sup> P. Garant, *Ibid*, p. 643. Voir aussi F. Morin, R. Blouin, *op.cit.*, *supra*, note 10, p. 576 : «Par contre, dans l'appréciation des faits litigieux, l'arbitre doit se confiner aux seuls éléments mis en preuve. Il ne peut considérer des pièces ou d'autres informations qui lui seraient données par des tiers ou par une partie en l'absence ou à l'insu de l'autre [...]».

<sup>247</sup> Et ce, même s'il n'y a pas de «mauvaise» intention de l'arbitre. Prenons par exemple l'affaire *Syndicat des professionnelles et professionnels de la S.T.M. c. Boisvert*, D.T.E. 2004T-919 (Cour supérieure). Lors des plaidoiries devant l'arbitre de griefs, l'employeur avait retiré son objection à la compétence qu'il avait formulée. L'arbitre a alors indiqué à la partie syndicale qu'il était inutile d'entendre ses arguments sur le sujet. Or, dans sa sentence, il a conclu qu'il n'avait pas compétence. Puisqu'il n'avait pas entendu la partie syndicale, la sentence a été annulée et le dossier retourné à l'arbitre pour qu'il se prononce après avoir entendu la partie syndicale.



placed on what is said in caucus meetings (when some very frank comments might be made and when the other side may have no opportunity to rebut what is said, or to shed other light on them, or put them in a different context)?<sup>248</sup>

c) L'exercice de la compétence de l'arbitre : défi éthique en méd-arb

Selon certains<sup>249</sup>, c'est l'exercice même de la fonction d'arbitre de griefs qui serait menacé par le cumul des rôles de médiateur et d'arbitre. Ce courant de pensée est représenté au Québec par les professeurs Blouin et Morin qui estiment que, sauf cas exceptionnels, un arbitre ne devrait pas accepter de jouer ce rôle après avoir été médiateur dans le même dossier<sup>250</sup>.

On a déjà pu noter la réticence de ces auteurs au sujet de l'exercice de la médiation en matière de griefs dans la mesure où, dans leur opinion, le médiateur ne devrait pas céder à la tentation de vouloir refaire la convention. Le texte de cette dernière devrait toujours demeurer le substrat d'une éventuelle entente<sup>251</sup>. Cette réticence s'accroît grandement lorsqu'il s'agit de l'arbitre. Essentiellement, leur position se fonde<sup>252</sup> sur l'article 23 de la *Charte des droits et libertés du Québec* qui énonce :

Toute personne a droit, en pleine égalité, à une audience publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui n'est pas préjugé qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle.

[...]

<sup>248</sup> D.C. Elliott, *loc.cit.*, *supra*, note 230, pp. 166-167.

<sup>249</sup> Voir C. Martin, *loc.cit.*, *supra*, note 20, p. 6.

<sup>250</sup> Outre les œuvres déjà citées des deux auteurs, le professeur Morin a publié de son côté, après le décès du professeur Blouin. Voir F. Morin, *Lettres à un arbitre*, 2<sup>e</sup> édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 2007, pp. 102 et ss., Exposé lors de la journée d'étude du 18 avril 2009 « La médiation ! (Serait-ce une voie directe de solution aux coûts et contre-coups minima ?) », et « Le médiateur-arbitre : une question éthique ! », *Bulletin de la conférence des arbitres du Québec*, vol.34, no 6, août 2009, pp. 6-8.

<sup>251</sup> *Supra*, note 183.

<sup>252</sup> F. Morin, « Le médiateur-arbitre : une question éthique », *loc.cit.supra*, note 250, p.7.

Puisque l'arbitre de griefs est un tribunal de nature quasi judiciaire, ses pouvoirs découlent de la loi, il ne peut décider qu'en fonction des règles de droit, car sa sentence constitue un titre de droit :

Son rôle [à l'arbitre] se limite essentiellement, sur le plan juridique, à départager les droits et obligations dont sont convenues les parties, sous réserve de la conformité des règles négociées aux normes prééminentes et d'ordre public. L'arbitre ne peut compléter ou corriger la convention collective parce que, selon les circonstances, il lui apparaîtrait plus équitable de le faire. Il décide selon les règles de droit et conformément au processus établi au *Code du travail* ainsi qu'à la convention collective.<sup>253</sup>

Autrement dit, selon cette conception, la position du médiateur-arbitre pour le même grief est intenable. Lié par l'obligation d'assurer une audience impartiale et sans préjugés, l'arbitre ne pourrait jouer pleinement son rôle de médiateur en sachant que ses propos seraient préjudiciables en arbitrage, s'il va trop loin. Dans le même sens, comment pourrait-il fournir l'assurance que ce qu'il a entendu en conversations privées ne l'influence pas ?<sup>254</sup>

Ainsi donc, selon Fernand Morin, il n'y aurait pas de problème dans le cas où l'arbitre qui a débuté une audience se transforme en médiateur<sup>255</sup>. Dès lors, il a toute liberté de rechercher plus d'informations que ce qui a été fourni par la preuve et il peut intervenir pour alimenter les discussions.

Le professeur Morin affirme donc que l'arbitre doit s'abstenir de jouer les médiateurs dans le même dossier, sauf cas exceptionnel, qu'il exprime ainsi :

Il demeure néanmoins possible qu'en certaines situations apparemment inextricables où la pression du temps est telle que les parties doivent faire rapidement et le mieux possible et elles requièrent alors un « service d'urgence » d'une personne déjà suffisamment instruite des faits pour intervenir à la fois rapidement et avec sagesse et prudence. C'est alors que cette dualité des fonctions pourrait être perçue à titre de mesure exceptionnelle comme s'il s'agissait d'une « force majeure » ! Cette même hypothèse ne peut être que rarissime et réalisée avec succès qu'à l'aide de personnes (les parties et le

<sup>253</sup> R. Blouin, *loc.cit.,supra*, note 9, p. 27. Fernand Morin rappelle que la convention collective lie les salariés actuels et futurs, que les parties ne peuvent négocier une condition de travail qui contrevient à l'ordre public et aux lois et que le syndicat a des obligations envers les salariés *supra*, note 250, p. 7.

<sup>254</sup> F.Morin, exposé du 18 avril 2009, *supra*, note 250, pp. 18-20.

<sup>255</sup> *Ibid*, p.17. À condition toutefois de ne pas devoir trancher le grief par la suite.



médiateur) fort bien averties des tenants et aboutissants de cette double opération et des limites et contraintes qu'elle implique.<sup>256</sup>

Les partisans de la coexistence de la médiation avec l'arbitrage, reconnaissent la difficulté de l'exercice, mais croient qu'il est possible de conserver une certaine étanchéité entre les deux fonctions. L'arbitre Serge Brault qui pratique le med-arb déclare d'entrée de jeu que le taux de règlement est très élevé, ce qui diminue d'autant le besoin d'arbitrage<sup>257</sup>. En cas d'impasse de la médiation, il ne faut pas, dit-il, recommencer à zéro. Dans le protocole qu'il fait signer aux parties, il convient avec elles que ce qui a été dévoilé à tout le monde fait partie du dossier, mais non ce qui aurait été divulgué de manière confidentielle.

Tout se joue alors dans un suivi serré des deux processus, le médiateur-arbitre jouant à l'équilibriste :

Les défis du médiateur-arbitre : écoute, vigilance, accessibilité

- Rester gardiens du droit, ne pas accepter que des solutions issues de la médiation puissent aller à l'encontre de l'ordre public.
- Rester vigilant afin de s'assurer que les interventions ne soient interprétées par les parties comme une opinion ou comme une reconnaissance à l'égard d'une des positions.
- Nécessité d'identifier les issues sans se commettre comme arbitre.<sup>258</sup>

C'est indirectement en ce sens que la Cour d'appel s'est prononcée sur un cas de med-arb dans l'affaire *Collège Lasalle inc. c. Hamelin*<sup>259</sup>. Ce jugement démontre la difficulté de cette opération dans l'état actuel du droit et l'importance de savoir en vertu de quel processus l'arbitre agit.

En l'espèce, il y avait six griefs déposés avec des arbitres nommés pour les entendre. En comité de relations de travail, le syndicat propose une « médiation arbitrale », proposition qui est acceptée. L'arbitre désigné pour faire cette médiation procède par exposé de faits, sans témoin. Après l'échec de la médiation, il expédie des sentences arbitrales stipulant

<sup>256</sup> *Ibid.*, p. 20. À la fin de son exposé, l'auteur ajoute une liste de dix questions sans réponse qui vont de sujets pratiques, comme la tarification, à des questions de fond, comme le sort des accords qui contreviendraient à l'ordre public.

<sup>257</sup> L'auteur de l'essai a assisté à la présentation de M<sup>e</sup> Brault, *supra* note 219.

<sup>258</sup> Conclusion du plan de la présentation, p. 4.

<sup>259</sup> [2002] R.J.D.T. 1434 (Juges Robert, Delisle et Dalfond).

que c'était ce que les parties avaient convenu : une décision (appliquer la règle de droit à la convention collective après un exposé de cause), ce qui est contesté par l'employeur.

En révision judiciaire, la Cour supérieure estime que les parties avaient fait leur choix et que, malgré la nomination d'autres arbitres, ces derniers ont laissé les parties s'occuper de leur dossier selon la convention collective. La Cour d'appel ne décide pas de la nature exacte du mandat de l'arbitre-médiateur. Elle aborde plutôt la question sous l'angle du respect de la règle *audi alteram partem* qui découle de l'arbitrage (article 100.5 du *Code*) :

[57] Bien que l'intimé ait pu expliquer aux parties lors de la première audition qu'en cas d'impasse il pourrait mettre son « chapeau d'arbitre », l'intimé n'a jamais proposé de solution médiatrice et a, sans prévenir aucune des parties, décidé qu'il mettait « son chapeau d'arbitre ». [...] En effet, les parties se croyaient encore dans un processus qui mènerait à une solution mutuellement acceptable pour les parties et non, par opposition, à un processus qui imposerait une décision. Les deux parties ont donc été prises par surprise et l'appelante a été privée de son droit de présenter une preuve supplémentaire, d'interroger ou de contre-interroger des témoins sous serment et de plaider ou, à tout le moins, de déclarer qu'elle s'en remettait à la preuve et aux arguments faits dans le cadre de la médiation. L'intimé a ainsi violé la règle *audi alteram partem*.

[58] En résumé, à supposer que le mandat de l'intimé ait compris, à défaut d'entente, un volet d'arbitrage de griefs, ce dernier se devait d'aviser les parties de l'échec de la médiation et du fait que les parties se trouvaient désormais non plus dans un processus ayant comme but ultime un règlement, mais plutôt dans un processus contradictoire menant à une décision qui trancherait le litige<sup>260</sup>.

Pour échapper aux conséquences entraînées par la qualification juridique du grief comme étant un conflit de droit, pourrait-on estimer qu'il s'agit plutôt d'un conflit d'intérêts? Cette hypothèse en apparence peu orthodoxe avait été suggérée lors d'une table ronde au colloque de l'École de relations industrielles lors du quinzième anniversaire du *Code*<sup>261</sup> par Michel Drolet de la Centrale de l'enseignement du Québec.

Les problèmes de l'arbitrage de griefs, dit-il, proviennent d'une conception erronée de notre système de rapports collectifs. Il pose comme préalables que les agents sociaux devraient accepter de renégocier les bases du système socio-économique, reconnaître que

<sup>260</sup> P. 1341.

<sup>261</sup> Michel Drolet, « Une critique des facteurs de réussite et d'échec telle que présentée par monsieur Dupont », dans Rodrigue Blouin (dir.), *Le Code du travail au Québec, 15 ans après*, Sainte-Foy, Département des relations industrielles de l'Université Laval, Presses de l'Université Laval, 1979, 201-217.



la convention collective est un « acte social et politique » qui peut évoluer et être modifié par arbitrage et demande l'évacuation des avocats du système. On laissera au lecteur le soin d'évaluer les préalables un et trois de monsieur Drolet, tout en tenant compte du contexte de 1975 qui déplorait la « judiciarisation » du système.

Par contre, le préalable numéro deux, la qualification juridique de la convention collective comme un acte « politique », n'est pas nécessairement incompatible avec l'état du droit du travail<sup>262</sup>. En abandonnant la notion contractuelle de la convention collective, l'arbitre de griefs ne serait plus celui qui déclare le droit des parties. En fait, selon cette vision, celles-ci seraient en état de négociation permanente des conditions de travail.

Dès lors, si l'on veut traiter la question sur le plan des principes du droit du travail, l'arbitre de griefs devient plutôt un arbitre de différends, ce qui fait en sorte que les mécanismes du *Code* propres à la négociation, en particulier la conciliation, prendraient une part importante du processus de grief :

1. [...] Et force nous est de reconnaître qu'en fait, un conflit de droit dans une convention collective et dans le domaine des relations du travail, ça n'existe tout simplement pas. Il n'y a au fond des choses, que véritablement des conflits d'intérêts et si l'on appelle ainsi les choses par leur nom, il faudrait être logique et commencer à parler du droit de grève en matière de grief comme dans tous les cas de conflit d'intérêts.

2. Une autre conséquence de cette vision de la réalité nous obligera aussi à commencer à parler sérieusement de conciliation permanente en matière de convention collective. Il nous faut envisager de créer des mécanismes d'expertise et de négociation adéquats concernant les griefs; et nul doute que l'État devra commencer lui aussi à ouvrir un champ nouveau à ses conciliateurs en ce qui a trait aux conflits d'intérêts que sont vraiment les griefs.<sup>263</sup>

La thèse est audacieuse et il est douteux qu'elle soit acceptée à court ou moyen terme. En 1975, elle faisait resurgir le spectre des arrêts de travail impromptus, cauchemar des employeurs. Le contexte socio-politique d'aujourd'hui est différent. Avec les avancées des méthodes dites alternatives de traitement des conflits, le concept de conciliation

<sup>262</sup> Voir les commentaires de Fernand Morin selon lesquels la convention collective présente un statut hybride, entre le contrat et la loi : « Faute sans doute d'imagination de notre part, nous nous limitons à reconnaître qu'elle emprunte ou se nourrit à ces deux sources, mais sans relever exclusivement ni principalement de l'une ou de l'autre. », *supra* note 89.

<sup>263</sup> M. Drolet, *loc. cit.*, *supra*, note 260, p. 216.

permanente n'apparaît pas à sa face même incongru<sup>264</sup>. Certes, il faudrait alors repenser le fonctionnement de notre système de rapports collectifs afin d'assurer la continuité de la paix industrielle, mais, à notre avis, il ne s'agit pas d'une impossibilité de principe<sup>265</sup>.

Cela dit, un arbitre de griefs pourrait-il concevoir son rôle d'une manière plus large et trancher le grief en réglant le conflit ? La réponse de la Cour d'appel dans l'affaire *Institut Philippe-Pinel de Montréal c. Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 2960*,<sup>266</sup> à cette question est négative : l'arbitre de griefs est limité par les règles mêmes en vertu desquelles il est nommé. Il ne peut prendre d'initiative et doit suivre les règles de l'arbitrage, dont la règle *audi alteram partem*.

Les faits étaient les suivants. Le syndicat conteste une politique de dotation du personnel de l'employeur selon laquelle il faut la présence d'au moins deux hommes dans les équipes de jour et de soir de l'unité de soins pour délinquants sexuels dangereux transférés par les institutions pénitenciaires (l'unité D-2). Cette politique, contestée comme étant discriminatoire à l'égard des femmes, a donné lieu à quinze griefs de salariés contre différentes décisions sur le processus de sélection, soit la nomination ou le remplacement.

L'arbitre résume son mandat en énonçant que la question à laquelle il doit répondre est de savoir si l'Institut pouvait, en regard de la convention et des lois sur les droits de la personne, sexualiser un poste de sociothérapeute à l'unité D-2. Les parties sont par ailleurs d'accord à ce que leurs droits soient réservés à l'égard de tous les autres griefs, tant au fond qu'à l'égard des remèdes recherchés. Dans sa sentence, l'arbitre décide que la norme, telle que libellée («au moins deux hommes»), porte atteinte à l'égalité en

<sup>264</sup> Par exemple, « Un système de gestion des conflits ou de prévention et règlement des différends est une réponse institutionnelle pour résoudre, par la collaboration et de façon systématique, des conflits récurrents au sein d'une organisation, » Jean Poitras, André Ladouceur, *Système de gestion de conflits*, Cowansville, Yvon Blais, 2004, p.41. Les auteurs signalent qu'un tel système ne peut servir à la solution de conflits isolés. Toutefois, en milieu syndiqué, un tel système pourrait voir son champ d'application étendu.

<sup>265</sup> *A contrario*, on peut donner l'exemple du contrat individuel de travail. Comme mentionné au Titre I, le législateur a choisi de conserver la notion contractuelle de la relation d'emploi. Il aurait pu choisir une autre forme de relation, le lien d'entreprise, tel que suggéré par la doctrine (*supra*, note 26). Une nouvelle définition aurait entraîné des règles différentes.

<sup>266</sup> 2007 QCCA 54, D.T.E. 2007T-129 (Juges Otis, Forget et Rayle).



emploi. Il décide également de fixer la norme applicable à l'unité D-2 (soit un minimum d'un et un maximum de deux hommes).

La sentence arbitrale est invalidée par la Cour supérieure, puisque l'arbitre n'avait pas reçu le mandat de réviser la norme adoptée ni d'imposer une norme d'accommodement. En effet, aucune preuve n'avait été faite sur le choix et la détermination d'une nouvelle norme. Selon la Cour d'appel, l'arbitre avait compétence pour décider de la première question, mais, par la suite, il devait convoquer les parties à une nouvelle audience. La juge Otis écrit :

[22] L'arbitre de griefs – interprète statutaire privilégié de la convention collective- s'est mué en un arbitre de différends déterminant, de sa propre initiative et sans mandat conventionnel, une condition de travail qui n'a été ni négociée et agréée, ni soumise au processus d'arbitrage des différends. Il a clairement excédé sa compétence.

[23] [...] Si cette nouvelle norme émanant de l'arbitre est loin d'être déraisonnable et pourrait même constituer un compromis rationnel – ainsi que les avocats l'ont reconnu à l'audition – il reste qu'elle a été imposée sans mandat légal et avant que les parties n'aient été complètement entendues. Si les parties en conviennent, le cas échéant, la détermination de l'arbitre pourrait constituer une norme de référence lors de l'évaluation des mesures de redressement.

Cette dernière décision de la Cour d'appel, allié à celle dans l'affaire *Collège LaSalle*, précitée, démontre l'importance pour l'arbitre de griefs de respecter son rôle selon les règles établies. La médiation étant légalement un processus consensuel, l'arbitre doit obtenir un mandat clair des deux parties pour exercer son rôle.

Au-delà de la précision dans les mandats respectifs, il ressort déjà de la jurisprudence disponible de la Cour d'appel qu'un médiateur-arbitre n'est pas un arbitre qui s'improvise médiateur, dans l'espoir de rapprocher les parties. Il doit être une personne qui connaît les règles respectives de ces deux processus afin de les utiliser à bon escient et d'être en mesure d'en connaître les limites respectives :

The unique nature of the med/arb, however, also requires one to look for a person who is prepared to change hats, and who is able to distinguish between his or her role as a mediator and as an arbitrator. [...] As such, the chosen mediator/arbitrator will not only be able to vocalize his or her ideas during the mediation, but he or she will also be able to listen attentively and allow the

parties to present their respective cases with little interference once the arbitration begins.<sup>267</sup>

---

<sup>267</sup> Louis Faber, «Med/Arb as an Appropriate Dispute Resolution Method», dans Allan J. Stitt, *Alternative Dispute Resolution Practice Manual*, Toronto, CCH, 1998, par. 3065, p. 1767. J.F.W. Weatherill, comme praticien, prévenait déjà les experts du monde du travail en 1983 : « Bref, ma première réflexion est que les talents d'arbitre ne sont pas nécessairement ceux de médiateur —ni vice-versa. Il existe bien sûr, des cas où ces mêmes talents se réunissent dans une même personne; mon propre cas n'en est pas un ! », *supra*, note 187.



### CONCLUSION DU TITRE III

L'étude de l'application de la médiation en matière de rapports collectifs de travail met encore une fois en relief l'aspect de sécurité juridique nécessaire au bon déroulement des activités quotidiennes. Qu'on le veuille ou non, le rapport de force est toujours présent à des degrés variables dans les relations entre un employeur et une association accréditée. Le discours s'est peut-être adouci par rapport aux années soixante-dix qui ont marqué les relations du travail au Québec, mais il demeure toujours une certaine conception que le gain de l'un provient de la perte de l'autre :

Pratiquée sur cette base [du rapport de force] la négociation collective engendre un rapport conflictuel puisque l'employeur perçoit la convention collective comme étant une limite à son pouvoir de direction et un carcan de plus en plus contraignant à chacun de ses renouvellements. Pour sa part, le syndicat cherche à élargir le champ des matières négociables, lequel peut porter sur toutes les conditions de travail, afin de mieux contrôler l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur<sup>268</sup>.

Ce rapport conflictuel inhérent aux rapports collectifs de travail explique en bonne partie la réticence des parties à recourir à la médiation pour les griefs alors qu'il s'agit d'un processus pourtant bien connu en négociation de convention collective.

Dans ce dernier cas, les frais de cette institution sont payés par l'État et le facteur temps devient relativement secondaire puisque la négociation de la convention s'inscrit dans une période de temps différente. À cette occasion, les parties sont en train de créer leur droit plutôt que d'attendre après une décision. Recourir aux services d'un conciliateur/médiateur en négociation est en soi une formule gagnante puisqu'elle n'a que des avantages : meilleure communication, présence obligatoire de l'autre partie et, surtout, cela ne constitue pas un obstacle à l'exercice des moyens de pression.

Recourir au même moyen pour les griefs ne suscitait pas, jusqu'à tout récemment, le même enthousiasme. L'arbitrage désigne un vainqueur et un perdant. Le résultat procure donc un élément à conserver pour l'un et à modifier pour l'autre,

<sup>268</sup> G. Trudeau, D. Veilleux, *loc.cit.*, *supra*, note 39, p. 12.

utile pour les discussions en comités de relations de travail ou dans de futures négociations. Dans cette perspective, la médiation des griefs est sans doute une bonne idée, on ne peut être contre la vertu, mais peu réaliste. Cette dernière conclusion est perceptible dans les propos tenus lors de la journée d'étude de 1983. On en est toujours aux réflexions pour améliorer le processus d'arbitrage afin d'obtenir des sentences plus rapidement, donc plus de victoires et de défaites.

Les modifications socio-économiques des années quatre-vingt et quatre-vingt-dix changent la perspective. Le travail devient de plus en plus intellectuel et les structures d'autorité sont bouleversées. Dans plusieurs cas, les parties syndicales constatent qu'elles ont un rôle à jouer pour maintenir en vie l'entreprise dans laquelle elles ont parfois investi. Le rapport de force doit forcément s'atténuer pour céder le pas à l'autre face de la même pièce, le rapport de collaboration.

Le changement dans les mentalités ne peut qu'avoir des conséquences dans la pratique. La façon traditionnelle de procéder aux arbitrages de griefs n'est plus satisfaisante, mais on note également une modification dans les réflexions. Il est toujours question des moyens pour améliorer l'efficacité de l'arbitrage, mais on y ajoute des interrogations de fond sur la nature même de ce qu'on croit résoudre. On agrandit la perspective du litige au conflit.

Le climat devient propice à la médiation des griefs car les parties peuvent y voir un moyen intéressant pour entamer des négociations constructives sur des sujets de fond. Outre tout ce qui a été mentionné, il est évident que les réflexions ayant alimenté le système judiciaire ont eu un impact considérable sur le monde des rapports collectifs qui se trouvait dépassé sur son propre terrain. À la fin de la première décennie du XXI<sup>e</sup> siècle, on dénote donc un intérêt réel pour la médiation des griefs.

Cependant, des obstacles se dressent.

Contrairement au système judiciaire ou au système des tribunaux administratifs, la médiation n'est pas gratuite. En pratique, il n'apparaît pas que l'intérêt pour ce moyen se soit transformé en conviction suffisante pour y consacrer des frais sans obligation. Il faudra donc bien souvent des situations exceptionnelles comme un



problème de gestion récurrent ou un nombre significatif de griefs pour accepter de recourir à la médiation. C'est pourquoi il ne semble pas se dessiner pour le moment un modèle de firmes de médiateurs privés offrant leur service aux entreprises.

Par conséquent, c'est plutôt à l'arbitre que l'on pense pour faire une médiation. Pour la même raison économique, il ne s'agit pas alors de payer un arbitre pour tenir une conférence de règlement à l'amiable sans entendre le litige. Dans le contexte actuel, pour que la médiation de griefs se développe, il semble que seul le canal du med-arb puisse être viable.

L'examen comparé de la médiation et de l'arbitrage démontre une grande similitude à la lumière des nouvelles conceptions du rôle de l'arbitre comme intervenant plus actif dans la recherche du véritable litige. Dans les deux processus, le tiers doit également se restreindre d'une certaine manière dans ses commentaires, le médiateur dans le but de laisser la solution aux parties, l'arbitre pour laisser aux deux parties la chance de faire une preuve complète et de plaider. L'échec de la médiation signifie que les parties n'ont pas trouvé leur solution au grief, l'arbitre, en utilisant les critères juridiques, décide alors.

Il n'existe encore que peu de jurisprudence sur le phénomène. Toutefois, nous avons la chance d'avoir deux décisions de la Cour d'appel qui jettent un éclairage intéressant sur le med-arb au plan juridique.

En premier lieu, il ne semble pas y avoir une opposition de principe à l'exercice par la même personne des deux fonctions, contrairement aux appréhensions du professeur Fernand Morin. Il ne s'agit aucunement de minimiser les questions pertinentes soulevées par celui-ci, mais dans l'affaire *Collège Lasalle*, la Cour intervient parce que l'arbitre n'avait pas prévenu les parties qu'il changeait de rôle, non pas parce qu'il jouait les deux rôles. Elle démontre également une grande sensibilisation aux fins et aux moyens de la médiation (l'arbitre n'a pas proposé de solutions médiatrices).

En deuxième lieu, la décision *Institut Philippe-Pinel* paraît offrir une option aux parties en ce qui concerne l'élaboration par l'arbitre de griefs de solutions

touchant la convention collective lorsque des éléments connexes au litige n'ont pas été négociés. Encore ici, la Cour a reproché essentiellement à l'arbitre de ne pas avoir divulgué clairement son rôle, ce qui a empêché les parties de faire valoir tous leurs moyens.

Ces décisions soulignent indirectement l'absence d'encadrement juridique de la médiation au Québec. Le législateur a assuré la confidentialité du processus, laissant le soin à chacun de s'organiser. Les organismes judiciaires ou quasi-judiciaires ont mis sur pied des systèmes de conciliation-médiation efficaces<sup>269</sup>, avec des gens formés et se dotant le plus souvent de normes d'éthique. Cependant, tous ces systèmes ont comme caractéristiques de distinguer le médiateur du décideur :

Lorsque la conciliation ne donne pas lieu au règlement final du dossier, le juge conciliateur est nécessairement exclu de la formation chargée d'entendre ultérieurement le pourvoi. Cette caractéristique constitue l'un des fondements du système puisqu'elle en assure l'intégrité en garantissant l'indépendance et l'impartialité des décideurs. De plus, la connaissance, par les parties, de la séparation des rôles confère aux négociations fluidité et aisance en encourageant l'ouverture des pourparlers sans réserve<sup>270</sup>.

La particularité du med-arb réside justement dans le cumul des deux rôles par l'éventuel décideur.

L'arbitre de griefs peut, comme tout décideur d'expérience, poser des questions et jusqu'à un certain point amener les parties à reconsidérer leurs positions. Cet exercice de facilitateur est de plus en plus courant et peut se faire dès l'étape de la conférence préparatoire. L'exercice est périlleux, car il expose l'arbitre à des requêtes en récusation, mais il est admis. La question devient alors de déterminer à quel moment la facilitation devient une véritable médiation.

<sup>269</sup> Pour le système judiciaire, voir notamment Jean-François Roberge, « Comment expliquer la diversité de la médiation judiciaire au Canada ?, (2007) 5 *Revue de prévention et de règlement des différends*, 1, en particulier la situation au Québec pp.12-16.

<sup>270</sup> Louise Otis, « La conciliation judiciaire à la Cour d'appel du Québec », (2003) 2 *Revue de prévention et de règlement des différends*, 1, pp.4-5.



Or, s'il entre sur ce terrain, l'arbitre de griefs du Québec est doublement désavantagé par l'absence de balises institutionnelles et par l'absence d'indications législatives claires concernant sa compétence de faire de la médiation.

La profession d'arbitre est balisée par des normes d'éthique<sup>271</sup> qui pourraient être utiles à l'arbitre faisant de la médiation (impartialité, confidentialité, etc.). Toutefois, un arbitre est choisi par les parties et il n'est pas nécessaire d'être sur la liste des arbitres du Conseil consultatif du travail et de la main-d'œuvre ou membre de la Conférence des arbitres du Québec pour trancher un grief<sup>272</sup>. Pour le moment, contrairement aux juges ou aux conciliateurs-médiateurs des différents organismes, il n'y a aucune assurance, autre que la conscience professionnelle de la personne concernée, que l'arbitre possède les connaissances de base pour faire une médiation.

Par ailleurs, contrairement à la situation au niveau fédéral, il y a un silence législatif du *Code* sur cette nouvelle composante du rôle de l'arbitre. Un texte de la nature de l'article 60 (1.2) du C.C.T. permettrait au départ de sécuriser l'arbitre dans son rôle et le dispenser d'avoir à faire signer à chaque fois un protocole. D'autres options pourraient être étudiées par le législateur : nouvelle définition du grief, assimilable au différend, ou encore intégration dans le *Code* d'éléments procéduraux du protocole que font signer certains arbitres<sup>273</sup>.

En plus des facteurs économiques, la combinaison de ces deux facteurs rend la situation juridique floue et crée une incertitude pour les parties. Elle défavorise le recours à la médiation pour les griefs en rendant la chose plus difficile, tributaire

<sup>271</sup> Voir la *Politique générale concernant la confection et la gestion de la Liste annotée d'arbitres de grief* du Conseil consultatif du travail et de la main-d'œuvre, adoptée en vertu de l'article 77 du *Code* et *Code de déontologie de la Conférence des arbitres du Québec*, *supra* note 222.

<sup>272</sup> Article 100 : « [...] il est déféré à un arbitre choisi par l'association accréditée et l'employeur ou, à défaut d'accord, nommé par le ministre. L'arbitre nommé par le ministre est choisi sur la liste prévue à l'article 77[...] ».

<sup>273</sup> Par exemple : « Il est entendu que si le médiateur-arbitre doit décider par arbitrage d'une question qui aura atteint le point d'impasse, il pourra appuyer sa décision sur toute information portée à sa connaissance ainsi qu'à celle des parties durant sa médiation, avant comme après qu'une impasse aura été constatée à l'égard de ladite question. », Protocole de Me Serge Brault, *supra*, note 219, p.12.

d'un protocole le plus complet possible, et en ajoutant des sources de contestation de la sentence arbitrale en cas d'absence ou du caractère incomplet du protocole.

Il apparaît clair que le législateur pourrait favoriser la médiation en arbitrage par une intervention législative appropriée.



## CONCLUSION

Le med-arb représente-t-il une solution juridique répondant aux espoirs originels d'une justice sociale? À cette question, il faut donner une réponse juridique : oui et non ! C'est qu'il faut considérer le problème sous deux angles différents.

### **La médiation, véritable espoir d'un renouvellement de l'arbitrage de griefs**

In some respects, this technique [le med-arb] revisits an old debate on the role and function of the grievance arbitration process in labour disputes. Is it intended to assist the parties in resolving disputes and so strengthen their relationship, or is the arbitrator simply an impartial outsider appointed to interpret and apply the collective agreement ?<sup>274</sup>

Puisque la relation individuelle d'emploi est fondamentalement inégale, les salariés ont dû se regrouper pour obtenir, collectivement, ce qu'ils n'auraient jamais pu obtenir individuellement. Le rapport de force a donc toujours été une composante des rapports collectifs de travail. Ce rapport de force a été canalisé par le législateur dans un processus de négociation qui est un formidable outil de communication.

Les employeurs n'ont pas d'autre choix que d'accepter la présence d'une association accréditée. Cette relation forcée par la loi peut se transformer en relation raisonnée si les parties le veulent bien. Il s'agit de l'objectif sous-jacent de notre système : établir une relation égalitaire entre l'employeur et l'association qui représente l'ensemble des salariés de l'unité de négociation. Dans les entreprises où les relations de travail sont bonnes, on constate non pas l'abdication d'une partie envers l'autre, mais plutôt un respect mutuel et une volonté commune de dialoguer.

À cet égard, le droit du travail est un pionnier des méthodes de PRD. Rappelons qu'il y a cinquante ans, Émile Gosselin écrivait :

<sup>274</sup> D.C.Elliott, *supra*, note 230, p. 179.

Surtout, il ne faut pas s'étonner de la participation des parties intéressées elles-mêmes à l'élaboration de ce droit, que ce soit au palier statutaire ou au palier d'accords collectifs. Car une loi ou une règle n'est valable et efficace que si elle est volontairement acceptée, que si elle est connue, et que si elle constitue la meilleure solution possible, à un moment donné, à une situation sociale ou individuelle quelconque<sup>275</sup>.

Ces propos auraient pu être écrits de nos jours en faveur de l'utilisation des PRD :

Les modes amiables de règlement constituent des modes privilégiés de règlement parce qu'ils sont basés sur le libre consentement. Un certain nombre de postulats fondent cette préférence. Les parties savent mieux que quiconque où sont leurs intérêts et sont en mesure, à certaines conditions, de déterminer quelles solutions leur conviennent le mieux. Les modes amiables de règlement offrent aux parties une voix dans le déroulement et le dénouement du litige.

Chaque fois qu'un litige exige une restructuration des relations entre les parties, préférablement à une rupture, le règlement amiable est plus pertinent que l'adjudication. [...] Par contre, au moyen de la négociation et de la médiation, les parties se réapproprient leur destinée et déterminent l'issue du litige selon leur propre volonté, en tenant compte de tous les éléments pertinents de leurs situations respectives. En somme, la solution négociée est une solution sur mesure adaptée de façon précise au cas particulier des parties.<sup>276</sup>

Le portrait global de notre système de rapports collectifs de travail indique qu'il est fonctionnel, sans être parfait. Il favorise un dialogue constant par la négociation de la convention collective et par les discussions en comités de relations de travail dans l'entreprise.

Au début des années soixante, le législateur a donné un sérieux coup de main au système d'arbitrage en le rendant obligatoire. L'expérience démontre que cette phase était sans doute nécessaire pour établir différentes normes qui ont permis de structurer les relations au point de vue juridique. Le développement de la jurisprudence tant arbitrale que celle des tribunaux portant sur la compétence de l'arbitre a provoqué un changement de paradigme. Un droit du travail est né au Québec.

Par un étonnant détour du destin, l'arbitrage de griefs et la justice traditionnelle se retrouvent, toute proportion gardée, au même point parce que le premier relève également de l'ordre judiciaire sous des dehors moins formalistes. Il est vrai que

<sup>275</sup> *Supra*, note 111.

<sup>276</sup> M.-F. Chabot, *loc.cit.*, *supra*, note 13, pp.95-96.



plusieurs des problèmes inhérents au système nécessitent et nécessiteront probablement toujours des changements de comportements de la part des parties. En ce qui concerne l'arbitrage de griefs, l'ajout de la médiation constitue une occasion inespérée de parvenir à cette justice sociale parce que le résultat pourrait provenir encore plus des efforts des parties.

Le contexte est favorable. Par définition, les parties dans un milieu syndiqué créent leur droit, la convention collective, et elles peuvent l'appliquer de façon quotidienne. La médiation est en dernière analyse une assistance à la négociation. De permettre d'aborder le grief par la médiation est donc tout à fait compatible avec l'économie de notre *Code*. Les parties pourraient à cette occasion revoir leur situation sous un jour différent, avec l'aide du médiateur, et trouver des solutions adaptées à leur conflit.

Il faut se rappeler qu'au départ, on aspirait à ce juge choisi par les parties, un juge connaissant le milieu et qui travaillerait avec les parties plutôt que d'imposer d'autorité une solution de l'extérieur. Ces propos de la juge Suzanne Courteau sur le rôle du juge en conciliation judiciaire auraient pu également être prononcés lors du congrès de l'École de relations industrielles de l'Université Laval de 1961 sur les tribunaux du travail :

Le juge participe à la recherche de la JUSTICE menée par les parties elles-mêmes. D'une JUSTICE LÉGALE, fondée exclusivement sur le droit et souvent sur le droit de la preuve, nous passons à une JUSTICE CONCILIATRICE où l'on aide les parties à trouver LEUR JUSTICE<sup>277</sup>.

Le droit du travail pourrait redevenir un pionnier en matière de PRD en instaurant le med-arb pour les griefs. En ce sens, l'arbitre deviendrait cette personne de confiance à double titre, en tant que médiateur et en tant que décideur qui travaille sur le conflit, au-delà du litige particulier. Il pourrait alors encore plus faire bénéficier les parties de son expertise sur plusieurs facettes du problème.

---

<sup>277</sup> S. Courteau, « La conciliation judiciaire à la Cour supérieure », (2005) 3 *Revue de prévention et de règlement des différends* 53, p. 64.

Nous avons vu également qu'avec un changement de perspective, le grief pourrait même se considérer davantage comme un différend, permettant à l'arbitre d'aller encore plus loin en utilisant des données comparables dans l'industrie. Bref, l'instauration du med-arb en matière de griefs peut être vue comme la réalisation du rêve des experts de relations ouvrières des années cinquante. Toutefois, pour que ce rêve ne se transforme pas en cauchemar, il apparaît qu'une intervention législative soit requise.

En fait, du point de vue du med-arb, la situation ressemble un peu à celle prévalant lorsqu'on a édicté l'arbitrage obligatoire des griefs. La pratique de l'arbitrage était connue et utilisée, mais beaucoup d'incertitude juridique planait. Il fallait rédiger des ententes préalables et, bien souvent, aller devant les tribunaux pour les faire respecter. L'entrée de l'arbitrage obligatoire a littéralement ouvert un nouveau droit. Aujourd'hui, la compétence de l'arbitre ne fait plus de doute.

Pareillement, le med-arb est connu et utilisé au Québec, mais, actuellement, ne peut atteindre son plein potentiel en étant entravé par un vide juridique. Les questions soulevées par les opposants au med-arb sont pertinentes et mettent en relief le caractère innovateur de ce processus. Il semble bien plus préférable qu'une réflexion préalable soit faite pour traiter de ces problèmes, ce qui donnera lieu à des dispositions dans le *Code*, que de laisser les pratiques se dérouler au gré des événements, au gré de décisions qui ne seraient pas sensibles au développement des PRD. En d'autres termes, pour emprunter l'image de l'informatique, une intervention réfléchie du législateur pourrait contribuer à un arbitrage de griefs 2.0 !

### **Le med-arb n'est pas une panacée**

L'autre volet de la réponse à la question de l'essai attire l'attention sur des espoirs mal fondés qui faussent la conception du rôle du médiateur-arbitre et qui pourraient entraîner de grandes déceptions. Comme l'expose le premier volet, le med-arb pourrait rehausser le



rôle de l'arbitre en lui permettant d'intervenir en profondeur pour renforcer la relation entre les parties.

Or, bien souvent, on ne discute du med-arb qu'en termes de coûts et de rapidité. Cette avenue est, à notre sens, dangereuse. Lorsque l'on parlait dans les années cinquante et soixante de justice rapide et économique, il faut noter des exemples qui étaient donnés qu'il s'agissait de ce qu'on appellerait aujourd'hui la règle de la proportionnalité. Cette règle est de plus en plus invoquée, même par les arbitres, car il devient irrationnel de consacrer temps et argent en quantité largement supérieure à ce qui est requis par le litige.

La médiation, en permettant aux parties de se concentrer sur les problèmes de fond, peut sans aucun doute constituer un moyen plus rapide et plus économique que des audiences formelles. Cependant, la médiation n'est pas nécessairement en soi un mécanisme plus rapide en toutes circonstances. Selon la complexité du conflit, plusieurs séances peuvent être nécessaires afin d'en saisir toutes les facettes et de susciter un ensemble d'options. Un échec est toujours possible et l'arbitrage qui suit peut également durer plusieurs jours.

Il faut préciser ici un point qui, souvent, demeure dans l'ombre. En raison de son caractère privé, notre système d'arbitrage de griefs est en retard sur les systèmes des tribunaux judiciaires et administratifs qui ont mis sur pied des services de conciliation/médiation judiciaire par les juges ou par des professionnels qualifiés. Selon Hélène de Kovachich, il en résulte une certaine différence dans l'intervention par rapport à ce qu'un médiateur privé peut faire :

La conciliation judiciaire se déroule dans le cadre d'une institution (on devrait donc parler de conciliation judiciaire, indiquant ainsi que la médiation se déroule dans un cadre institutionnel, que le médiateur est payé par un seul client, qu'il est identifié par l'institution et non choisi librement par les parties et qu'il s'agit d'un processus uniformisé dans sa démarche) et doit donc appliquer des règles particulières fixes et uniformes pour assurer la stabilité d'un système qu'il faut protéger dans son intégrité. Le juge-médiateur sera limité dans ses interventions de par son autorité morale et de par son rôle de gardien du « droit », gardien de la lettre de la loi. La médiation privée sera, à la saveur du médiateur, selon les

préoccupations des parties et donc adaptée en temps et en interventions spécifiques, tout en respectant les étapes du processus et les règles de l'art.<sup>278</sup>

Tout le long de l'exposé, c'était cette conception de la médiation privée, utilisant toutes les techniques possibles de ce processus, qui prévalait pour les arbitres de griefs. Il s'agit donc plus qu'une évaluation en droit de la position des parties à la lumière de la jurisprudence. Pour obtenir le plein effet du med-arb, l'arbitre médiateur doit viser une entente par les parties, non pas uniquement une audition sommaire ou un arbitrage allégé du grief.

Or, cela a été mis en relief par la doctrine de PRD<sup>279</sup>, les habiletés et connaissances requises pour la médiation sont différentes de celles pour l'adjudication, même s'il y a des similitudes. Il faudrait donc qu'en plus de précisions législatives, les arbitres voulant faire du med-arb acquièrent une formation suffisante pour ce nouveau rôle. En fait, il serait même préférable que cela entre dans les exigences pour être nommé arbitre sur la liste du conseil consultatif du travail et de la main-d'œuvre.

Ce faisant, ces nouveaux médiateurs-arbitres deviendraient plus compétents et pourraient exiger des honoraires plus élevés... Le coût de l'arbitrage ne serait pas nécessairement moindre<sup>280</sup>. L'arbitre médiateur doit donc concurrencer plusieurs conciliateurs/médiateurs gratuits dans des systèmes parallèles. Cette seule raison pourrait nuire au développement du med-arb.

<sup>278</sup> Hélène de Kovachich, « La médiation...La médiation...La médiation judiciaire ! », (2005) 1 *Revue de prévention et de règlement des différends* 101, p.105. Une version remaniée a été exposée en 2006 : « La médiation privée et la conciliation judiciaire », dans Service de formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en justice participative : la diversification de la pratique de l'avocat*, vol.259, Cowansville, Yvon Blais, 2006, 93, p.100.

<sup>279</sup> Voir la présentation de la juge Louise Otis, 'the Conciliation Service Program of the Court of Appeal of Québec », (2000) *World Arbitration & Mediation Report*, vol.11, no 1, 80, Suzanne Courteau, *loc. cit.*, *supra*, note 277 et Diane Veilleux et Gilles Trudeau, « Les maîtres du jeu dans la médiation institutionnelle des différends du travail au Québec », (2011-2012) *Revue d'arbitrage et de médiation*, vol.2, no1, 71.

<sup>280</sup> Une des suggestions, controversée, pour régler en partie les coûts est, somme toute, la création d'un nouveau tribunal administratif, une Commission nationale d'arbitrage : voir Gérard Notebaert, « Faut-il réformer le système d'arbitrage de griefs au Québec? », (2008) 53 *R.D. McGill* 103-135 et François Hamelin, « État de l'arbitrage au Québec : Avons-nous besoin d'une Commission nationale d'arbitrage ? », conférence présentée à l'Association du Barreau canadien, 11 avril 2007.



L'étude du med-arb nous plonge donc dans le cœur du processus arbitral tel qu'il se voulait à l'origine. Cette nouvelle approche devrait donc faire partie de toute étude de l'arbitrage de griefs au Québec.

## BIBLIOGRAPHIE

### Monographies en modes alternatifs de règlement des litiges

1. Antaki, Nabil, *Le règlement amiable des litiges*, Cowansville, Yvon Blais, 1998, 471p.
2. Clavier, Howie, de Kovachich, Hélène, Esposito, Marisa, Renaud, Pierre, *Guide pratique de la médiation*, Scarborough, Carswell, 1997, 249p.
3. Comité sur l'équité et la raisonabilité (Protectrice du citoyen), *L'intervention en équité*, Protecteur du citoyen, mars 2004, 48p.
4. Fisher, Roger, Ury, William, *Getting to yes*, New York, Penguin Books, 1991, 200p.
5. Gagnon, Nathalie, *La médiation : l'importance d'adopter une politique de règlement des différends au sein de l'appareil gouvernemental québécois*, essai de maîtrise présenté à la Faculté de droit, Université Laval, 1999, 141p.
6. Huppé, Luc, *Le régime juridique du pouvoir judiciaire*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, 246p.
7. Megan Elizabeth Telford, *Med-Arb : A Viable Dispute Resolution Alternative*, Kingston, IRC Press (Queen's University), 2000, 17p.
8. McLaren, Richard H, Sanderson, John P., *Innovative Dispute Resolution- The Alternative*, Toronto, Carswell, 1994, éditions à feuilles mobiles 2001
9. Moore, Christopher W., *The Mediation Process*, 3d edition, San Francisco, Jossey-Bass, 2003, 599p.
10. Poitras, Jean, Renaud, Pierre, *La médiation et la réconciliation des intérêts dans les conflits publics*, Toronto, Carswell, 1996, 148p.
11. Poitras, Jean, Ladouceur, André, *Systèmes de gestion de conflits*, Cowansville, Yvon Blais, 2004, 185p.
12. Roy, Serge, Schneebalg, Avi, Galton, Eric, *La médiation : préparer, représenter, participer*, Cowansville, Yvon Blais, 2005, 242p.
13. Ryan, Carolyn M., *Internal Dispute Resolution*, Kingston, IRC Press (Queen's University), 1998, 19p.
14. Smith, Craig R., *Mediation : The Process and the Issues*, Kingston, Industrial Relations Centre, Queen's University, 1998, 14p.
15. Telford, Megan Elizabeth, *Med-Arb : A Viable Dispute Resolution Alternative*, Kingston, IRC Press (Queen's University), 2000, 17p.
16. Thibault, Joëlle, *Les procédures de règlement amiable des litiges au Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, 406p.

### Articles en modes alternatifs de règlement des litiges

1. Antaki, Nabil, «Perspectives nord-américaines en médiation», dans *Développements récents en médiation 1995*, Cowansville, Yvon Blais, 1995, 155-190
2. Boileau, Nadine, Lemelin, Maurice, « Les styles de médiateurs et de médiations : une étude de cas », (2004) 2 *Revue de prévention et de règlement des différends* 67-84



3. Bourcheix, Dominique F., « Le rôle du médiateur : évolution et tendances », dans Service de la formation permanente du Barreau, *Développements récents en médiation 2001*, volume 162, Cowansville, Yvon Blais, 2001, 127-150
4. Chabot, Marie-France, « Aspects psychologiques de la médiation », dans *Développements récents en médiation 1995*, Cowansville, Yvon Blais, 1995, 139-154
5. Chabot, Marie-France, « Le rôle de l'avocat à l'heure des modes alternatifs » dans *Congrès du Barreau du Québec, 1996*, Cowansville, Yvon Blais, 1996, 31-37
6. Chabot, Marie-France, « Des raisons et des manières d'intégrer la médiation dans le système de justice civile », (1999) 40 *Cahiers de Droit* 91-112
7. Courteau, Suzanne, « La conciliation judiciaire à la Cour supérieure », (2005) 3 *Revue de prévention et de règlement des différends* 51-64
8. De Kovachich, Hélène, « La médiation...la médiation...la médiation judiciaire! », (2005) 3 *Revue de prévention et de règlement des différends* 101-106
9. De Kovachich, Hélène, « La médiation privée et la conciliation judiciaire », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en justice participative : la diversification de la pratique de l'avocat*, vol. 259, Cowansville, Yvon Blais, 2006, 93-104
10. Elliott, David C., « Med/Arb : Fraught with danger or ripe with opportunity? », 1995 XXXIV *Alberta Law Review* 163-179
11. Faber, Louis, « Med/Arb as an Appropriate Dispute Resolution Method » dans Stitt, Allan J., *Alternative Dispute Resolution Practice Manual*, Toronto, CCH, 1998, 1761-1775
12. Guilbault, Jean, « Les moyens alternatifs de résolution de conflits en matière civile et commerciale dans une perspective de réforme du code de procédure civile », (1999) 40 *Cahiers de Droit* 75-90
13. Ladouceur, André, « Médiation en relations du travail », dans *Développements récents en médiation 1996*, Cowansville, Yvon Blais, 1996, 39-72
14. Marcotte, Simon, « Les approches de la réforme de la procédure civile : la gestion de l'instance et l'intégration des moyens alternatifs », (1999) 40 *Cahiers de Droit* 57-74
15. Otis, Louise, « The conciliation Service Program of the court of Appeal of Quebec », (2000) *World Arbitration & Mediation Report*, vol.11, 80-83
16. Otis, Louise, « La conciliation judiciaire à la Cour d'appel du Québec », (2003) 1 *Revue de prévention et de règlement des différends* 1-16
17. Poitras, Lawrence A., « Les solutions de Rechange au Règlement de Litiges (SoRRèL), le projet de conciliation-médiation de la Cour supérieure, où en sommes-nous après six mois ? », *Développements récents en médiation 1995*, Cowansville, Yvon Blais, 1995, 1-8
18. Roberge, Jean-François, « Comment expliquer la diversité de la médiation judiciaire au Canada ? », (2007) 5 *Revue de prévention et de règlement des différends* 1-32



19. Roberge, Jean-François, « Could Judicial mediation deliver a better Justice ? Supposing we trained judges as EXPATS ? » (2010-2011) *Journal of Arbitration and Mediation*, vol.1, no 1, 1-46.

Monographies en droit administratif ou en relations du travail

1. Bernatchez, Jean-Claude, *La résolution des griefs de l'entreprise*, Trois-Rivières, CIRIM, 1994, 428p.
2. Blouin, Rodrigue, *La juridiciarisation de l'arbitrage de griefs*, Cowansville, Yvon Blais, 1996, 427p.
3. Boivin, Jean, Guilbault, Jacques, *Les relations patronales-syndicales*, Montréal, Gaëtan Morin éditeur, 1989, 301p.
4. Dion, Gérard, *Dictionnaire canadien des relations du travail*, 2<sup>e</sup> édition, Québec, P.U.L., 1986, 993p.
5. Doyle, Sean C., *The Grievance Procedure : The Heart of the Collective Agreement*, Kingston, Queen's University, IRC Press, 1999, 16p.
6. Ferland, Denis, *À la recherche d'une théorie juridique de l'arbitrage des griefs en droit québécois*, École des gradués de l'Université Laval, janvier 1974, 183p.
7. Gagnon, Robert P., *Le droit du travail du Québec*, 6<sup>e</sup> édition, Mis à jour par Langlois, Kronström, Desjardins, S.E.N.C.R.L., Sous la direction de Yann Bernard, André Sasseville et Bernard Cliche, Cowansville, Yvon Blais, 2008, 972p.
8. Gagnon, Robert P., Le Bel, Louis, Verge, Pierre, *Droit du travail*, 2<sup>e</sup> édition, Québec, P.U.L., 1991, 1065p.
9. Garant, Patrice, *Droit administratif*, 6<sup>e</sup> édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, 1214p.
10. Hamelin, François, *État de l'arbitrage de griefs au Québec : Avons-nous besoin d'une commission nationale d'arbitrage ?*, Association du Barreau canadien, 11 avril 2007, 36p.
11. Hébert Gérard, Bourque Reynald et autres, *La convention collective au Québec*, Montréal, Chenelière Éducation (Gaëtan Morin éditeur), 2007, 410p.
12. Leclerc, Michel, Quimper, Michel, *Les relations du travail au Québec*, Québec, Presses de l'Université du Québec., 2000, 432p.
13. LeCorre, Claude, Beaulieu, Chntal C., *Préparer et maîtriser une audition : tout ce que l'employeur doit savoir*, Cowansville, Yvon Blais, 1996, 150p.
14. Masse, Jean-Serge, *Guide pratique de l'arbitrage de grief au Québec*, Cowansville, Éditions Yon Blais, 2005, 160p.
15. Morin, Fernand, Blouin, Rodrigue, *Droit de l'arbitrage de grief*, 5<sup>e</sup> édition, Cowansville, Yvon Blais, 2003, 766p.
16. Morin, Fernand, Brière, Jean-Yves, Roux, Dominic, Villagi, Jean-Pierre, *Le droit de l'emploi au Québec*, 4<sup>e</sup> édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, 2030 p.
17. Morin, Fernand, *Jurisprudence commentée en droit du travail, de 1898 à nos jours*, Cowansville, Yvon Blais, 1992, 860p.
18. Morin, Fernand, *Fragments sur l'essentiel du droit de l'emploi*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2007, 318p.



19. Morin, Fernand, *Lettres à un arbitre*, 2<sup>e</sup> édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 2007, 126p.
20. Verschelden, Louise, *La preuve et la procédure en arbitrage de griefs*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1994, 310p.
21. Weiss, David S., *Franchir le mur des conflits*, Québec, P.U.L., 1999, 277p.

#### Articles en relations de travail

1. Auclair, Robert, «Le règlement pacifique des conflits», dans *Le Code du travail du Québec (1965)*, XXe Congrès des relations industrielles de l'Université Laval, Québec, P.U.L., 1965, 153-173
2. Beaulieu, Marie-Louis, «Nature et sources des conflits de droit individuels ou collectifs», dans *Le règlement des conflits de droit*, IXe Congrès des relations industrielles de la Faculté des sciences sociales de l'Université Laval, Québec, P.U.L., 1954, 13-35
3. Bergeron, Marius G., «La procédure de négociation et le recours à la grève ou au lock-out», dans *Le Code du travail du Québec (1965)*, XXe Congrès des relations industrielles de l'Université Laval, Québec, P.U.L., 1965, 135-152.
4. Bériault, Thierry, «La médiation privée en relations du travail : fondements, approches et typologie », Journée d'étude, Conférence des arbitres du Québec, 18 avril 2009, 1-20
5. Bich, Marie-France, «Le contrat de travail, Code civil du Québec, Livre cinquième, Titre deuxième, Chapitre septième (articles 2085-2097 Code civil du Québec)» dans *La réforme du Code civil, tome II Obligations, contrats nommés*, Québec, P.U.L., 1993, 741-796
6. Blain, Yvan, « Critiques du système actuel d'arbitrage – Table ronde », dans *La médiation pré-arbitrale en matière de conflits de droit (griefs)*, Journée d'étude de l'École de relations industrielles de l'université de Montréal, 11 mars 1983, document de travail no 6, 81-85
7. Blouin, Rodrigue, «Le Code du travail: 15 ans après...», dans R.Blouin et autres (dir.), *Le Code du travail: 15 ans après...*, XXXIVe Congrès des relations industrielles de l'Université Laval, Sainte-Foy, Presses de L'Université Laval, 1979, 15-38
8. Blouin, Rodrigue, «Les nouvelles compétences de l'arbitre de griefs», dans *Le point sur l'arbitrage des griefs*, 21e Colloque des relations industrielles, Montréal, École des relations industrielles de l'Université de Montréal, 1990, 117-156
9. Blouin, Rodrigue, «L'apport de l'équité en contexte d'arbitrage de grief» dans G. Trudeau, G.Vallée et D. Veilleux (dir.), *Études en droit du travail à la mémoire de Claude D'Aoust*, Cowansville, Yvon Blais, 1995, 25-50
10. Blouin, Rodrigue, «Nouvelles modalités de règlement de grief», dans *Innover pour gérer les conflits*, LI<sup>e</sup> Congrès des relations industrielles de l'université Laval, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1996, 117-146
11. Boyczun, Richard B., « Médiation arbitrale », Journée d'étude, Conférence des arbitres du Québec, 18 avril 2009, 1-7



12. Brault, Serge, « Encadrement juridique de la médiation arbitrage de griefs : convention collective ou protocole, Journée d'étude, Conférence des arbitres du Québec, 18 avril 2009, 1-14
13. Brault, Serge, « La médiation-arbitrage : la résolution verte, Montréal, Institut de médiation et d'arbitrage du Québec, 1<sup>er</sup> juin 2011, 1-4
14. Brière, Jean-Yves, *L'obligation d'une juste et loyale représentation : analyse, perspective et prospective, Développements récents en droit du travail 2005*, volume 224, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, 153-178
15. Brossard, Michel, Ross, Claudette, « Pourquoi la conciliation volontaire n'est-elle pas plus efficace que la conciliation obligatoire ? L'adaptation inattendue des parties », (1996) 51 *Revue des relations industrielles* 627-642
16. Cairns, John W., « Employment in the Civil Code of Lower Canada : Tradition and Political Economy in Legal Classification and Reform, (1987) 32 *R. D. McGill* 673-706
17. Cardin, Jean-Réal, « Exposé des régimes contemporains A- Dans la province de Québec », dans *Le règlement des conflits d'intérêts en relations du travail dans la province de Québec*, XIII<sup>e</sup> Congrès des relations industrielles de l'Université Laval, Québec, P.U.L., 1958, 15-29
18. Cardin, Jean-Réal, « Le particularisme et l'esprit propre du droit du travail », dans G.Dion (dir.), *Les tribunaux du travail*, XVI<sup>e</sup> Congrès des relations industrielles de l'Université Laval, Québec, Presses de l'Université Laval, 1961, 115-134
19. Cloutier, Sophie, « L'article 124 L.n.t. en milieu syndiqué : l'affaire SFPQ et ses suites », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail 2011*, Cowansville, Yvon Blais, 2011, 155-186
20. Deschênes, Jean-Paul, « L'arbitrage d'une première convention collective » dans R.Blouin, J.-P. Deschênes, J. Sexton et A.Vinet, (dir.), *Le Code du travail du Québec 15 ans après*, Département des relations industrielles de l'Université Laval, Québec, P.U.L., 1979, 145-159
21. Doré, Jacques, « La conciliation », conférence Gérard Picard, congrès de la Confédération des syndicats nationaux, 1<sup>er</sup> février 2007, 1-8
22. Drolet, Michel, « Une critique des facteurs de réussite et d'échec telle que présentée par monsieur Dupont », dans Rodrigue Blouin (dir.), *Le Code du travail au Québec, 15 ans après*, Sainte-Foy, Département des relations industrielles de l'Université Laval, Presses de l'Université Laval, 1979, 201-217
23. Dupont, Jacques, « Le système d'arbitrage de grief est-il devenu désuet au Québec? », dans Rodrigue Blouin (dir.), *Le Code du travail au Québec, 15 ans après*, Sainte-Foy, Département des relations industrielles de l'Université Laval, Presses de l'Université Laval, 1979, 171-222
24. Gagnon, Robert P., LeBel, Louis, Verge, Pierre, « Du soi-disant « contrat de travail », (1970) 11 *C. de D.* 282-302
25. Gosselin, Émile, « Nature et raisons d'être des tribunaux du travail » dans G.Dion (dir.), *Les tribunaux du travail*, XVI<sup>e</sup> Congrès des relations industrielles de l'Université Laval, Québec, Presses de l'Université Laval, 1961, 17-42



26. Hébert, Gérard, «La genèse du présent code du travail» dans *Le Code du travail du Québec (1965)*, XXe Congrès des relations industrielles de l'Université Laval, Québec, P.U.L., 1965, 13-34.
27. Ladouceur, André, «Médiation en relations du travail» dans *Développements récents en médiation (1996)*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, Yvon Blais, 1996, 39-72
28. Mancini, Marc, « Les droits et libertés de la personne en milieu syndical : l'arbitre de grief ou le Tribunal des droits de la personne, quel est le forum compétent ? », (2009) 68 *R. du B.* 327-384
29. Martin, Claude, « Médiation, médiation-arbitrage institutionnelle ou volontaire et l'arbitre de grief », Conférence des arbitres du Québec, Journée de formation, 18 avril 2009, 1-17
30. Morin, Fernand, «L'arbitrage des griefs au Québec: pratiques et paradoxes», dans *Le point sur l'arbitrage des griefs*, 21e Colloque des relations industrielles, Montréal, École des relations industrielles de l'Université de Montréal, 1990, 9-37
31. Morin, Fernand, «La négociation collective selon le modèle de 1944 est-elle périmée ?», dans C. Bernier et autres (dir.), *La négociation collective du travail : Adaptation ou disparition ?*, XLVIIIe Congrès des relations industrielles de l'Université Laval, Département des relations industrielles, Québec, P.U.L., 1993, 13-43
32. Morin, Fernand, « La médiation !( serait-ce une voie directe de solution aux coûts et contre-coups minima ?) », Journée d'étude, Conférence des arbitres du Québec, 18 avril 2009, 1-28
33. Morin, Fernand, « Le médiateur-arbitre : une question éthique ! », *Bulletin de la conférence des arbitres du Québec*, vol.34, no 6, août 2009, pp. 6-8.
34. Morin, Fernand, « D'un pas sage vers « l'inclusion », *Bulletin de la conférence des arbitres du Québec*, vol.36, no1, décembre 2010, 7-25
35. Notebaert, Gérard, « Faut-il réformer le système d'arbitrage de griefs au Québec? », (2008) 53 *R.D. McGill* 103-135.
36. Ouellet, Jacques E., «La préparation au processus de la négociation collective : une approche patronale» dans Noël Mallette (dir.), *La gestion des relations du travail au Québec*, Montréal, McGraw-Hill, 1980, 449-495
37. Pepin, Marcel, «La médiation pré-arbitrale en matière de conflits de droit (griefs)» dans *La médiation pré-arbitrale en matière de conflits de droit (griefs)*, École de relations industrielles de l'Université de Montréal, 1983, 8-24
38. Pomminville, Jean, « Critique du système actuel d'arbitrage, évaluation et critique de la formule proposée », dans *La médiation pré-arbitrale en matière de conflits de droit (griefs)*, École de relations industrielles de l'Université de Montréal, 1983, 66-71
39. Ross, Claudette, Brossard, Michel, « La conciliation volontaire est-elle plus efficace que la conciliation obligatoire ? Le cas du Québec », (1990) 45 *Revue des relations industrielles* 3-21
40. Sabourin, Diane, «Récents développements jurisprudentiels en matière d'arbitrage de griefs», dans *Service de formation permanente du Barreau du Québec, Développement récents en droit du travail 2004*, vol.205, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, 281-322



41. Sabourin, Diane, «Quoi de neuf chez les arbitres de griefs ? Obligation d'accommodement, harcèlement psychologique et application de l'arrêt Isidore Garon», dans Service de formation permanente du Barreau du Québec, *Développement récents en droit du travail 2007*, vol.267, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, 135-166, (2007) 5 *Revue de prévention et de règlement des différends* 33-64
42. Sabourin, Diane, « L'arrêt *Dunsmuir* et ses suites en matière de révision judiciaire des sentences arbitrales rendues par des arbitres de griefs », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail 2009*, volume 310, Cowansville, Yvon Blais, 2009, 1-39
43. Trudeau, Gilles, Veilleux, Diane, «Le monopole nord-américain de représentation syndicale à la croisée des chemins», (1995) 50 *Relations industrielles* 9-38.
44. Veilleux, Diane, Trudeau, Gilles, « La résolution à l'amiable des conflits et litiges du travail au Québec : de la tradition vers de nouvelles directions », (2010) 1 *Revue d'arbitrage et de médiation*, no 1, 47-
45. Veilleux, Diane, «Proposition d'une conception organiciste de la représentation syndicale selon le *Code du travail* du Québec», (1993) 34 *Cahiers de droit* 899-948
46. Veneziani, Bruno, «The Evolution of the Contract of Employment» dans B. Hepple, (dir.), *The Making of Labour Law in Europe*, London, Mansell Publishing, 1986, 31-72
47. Verge, Pierre, «Le forum de la convention collective», (1967-68) 9 *Cahiers de Droit* 564-636
48. Verge, Pierre, «Bref historique de l'adoption du monopole de la représentation syndicale au Québec», (1971) 12 *Cahiers de Droit* 303-314
49. Verge, Pierre, «Faut-il «nommer» le contrat de travail», (1988) 29 *Cahiers de Droit* 977-992
50. Verge, Pierre, «Le contrat de travail selon le Code civil du Québec : pertinence ou impertinence?», (1993) 24 *Revue générale de Droit* 237-253
51. Villagi, Jean-Pierre, «Les conflits relationnels : comment penser la procédure d'arbitrage de grief», dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail dans le secteur de l'éducation*, volume 235, Cowansville, Yvon Blais, 2005, 25-50
52. Weatherill, J.F. W., « La médiation et l'arbitrage », dans *La médiation pré-arbitrale en matière de conflits de droit (griefs)*, École de relations industrielles de l'Université de Montréal, 1983, 49-58

#### Autres publications

1. Attali, Jacques, *Dictionnaire du XXIe siècle*, Paris, Fayard, 1998, 350 p.
2. Kennedy, Paul, *Freedom from fear, The American People in Depression and War, 1929-1945*, New York, Oxford University Press, 1999, 936p.
3. Minc, Alain, *Le nouveau Moyen Âge*, Paris, Gallimard, 1993, 249p.